



TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN.

JULIO 2019.



**UNIVERSIDAD
EMPRESARIAL
SIGLO 21**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL DE LA NACIÓN**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

Cristian Alberto Mansilla

Julio 2019.

Resumén.

La responsabilidad civil, es una institución jurídica, que analiza los fundamentos y requisitos para que una determinada persona, sea obligada a reparar el perjuicio sufrido por otra; el acto médico puede engendrar supuestos de responsabilidad profesional; esta última es la obligación que tienen los galenos de reparar o satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión, cuando este acto cause un daño en el cuerpo o en la salud del paciente.

La responsabilidad civil médica analiza los fundamentos y requisitos para que una determinada persona (profesional de la medicina) sea obligada a reparar el perjuicio injustamente sufrido por otra u otras (paciente y/ o sus familiares).

La finalidad del presente trabajo es analizar cómo está regulada la responsabilidad civil del médico en el Código Civil y Comercial de la Nación, caracterizar ésta responsabilidad, explicar sus fundamentos, sus funciones y sus requisitos, analizar sus presupuestos, analizar los deberes jurídicos del médico, e identificar los eximentes de la misma.

Abstract.

Civil responsibility is a legal institution that analyzes the fundamentals and requirements for a person to be forced to repair the prejudice suffered by another. The medical act can originate professional liability assumptions. The last is the obligation that the doctors have to repair or satisfy the consequences of their acts, omissions and mistakes, within certain limits, made of their professions, when this act causes damage to the body or the health of the patient.

Medical civil responsibility analyzes the fundamentals and requirements for a person (medicine professional) to be forced to repair the prejudice unfairly suffered by another (patient or the patient's family).

The purpose of this work is to analyze how the responsibility of doctors is regulated on the Civil and Commercial Code of the Nation, to characterize this responsibility, to explain its fundamentals, to analyze its presuppositions and the legal duties of the doctor and to identify its exemptions.

“¿Quieres ser médico hijo mio? Aspiración es esta de un alma generosa, de un espíritu ávido de ciencia. Deseas que los hombres te tengan por un Dios que alivia sus males y ahuyentas de ellos el temor. Pero ¿has pensado en lo que va a ser tu vida....?”

No cuentes con el agradecimiento de tus enfermos. Cuando sanan, la curación se debe a su robustez; si mueren tú eres quien los ha matado. Mientras están en peligro, te tratan como a un Dios; te suplican, te prometen, te colman de halagos. Apenas empiezan a convalecer, ya les estorbas.

Cuando les hablas de pagar los cuidados que les has prodigado, se enfadan y te denigran. Cuanto más egoístas son los hombres más solicitud exigen”

LOS CONSEJOS DE ESCULAPIO.

Dios romano de la medicina.

Índice

Introducción.....Pag. 8

Capítulo 1: Responsabilidad.

1. La responsabilidad.....Pag. 11

2. La responsabilidad civil.....Pag. 13

2. Funciones de la responsabilidad en el C.C.....Pag. 15

3. Funciones de la responsabilidad en el CCyC.....Pag. 16

Capítulo 2: Regulación.

1. El nuevo CCyC.....Pag. 21

2. La regulación de la responsabilidad civil en el CCyC.....Pag. 22

3. La responsabilidad civil de los profesionales liberales en el CCyC.....Pag. 28

4. La responsabilidad civil del médico en el CCyC.....Pag. 30

Capítulo 3: La responsabilidad civil del médico.

1. El acto médico.....Pag. 32

2. Deberes jurídicos del médico.....Pag. 34

3. Fundamento de la responsabilidad civil del médico.....Pag. 53

4. Presupuestos de la responsabilidad civil médica.....Pag. 54

4.1. El daño.....Pag. 55

4.2. La antijuridicidad.....Pag. 56

4.3. El factor de atribución.....Pag. 58

4.4. La relación de causalidad.....Pag. 61

Capítulo 4: Carácter de la responsabilidad civil del médico.

1. Carácter de la responsabilidad civil del médico.....	Pag. 64
1.1. Responsabilidad contractual o extracontractual.....	Pag. 64
1.2. Responsabilidad de medio o resultado.....	Pag. 66
1.3. Responsabilidad subjetiva u objetiva.....	Pag. 70

Capítulo 5: Eximentes de la responsabilidad civil del médico.

1. Eximentes de la responsabilidad civil del médico.....	Pag. 74
1.1. El hecho del damnificado.....	Pag. 77
1.2. El caso fortuito o la fuerza mayor	Pag. 79
1.3. El hecho de un tercero por quien no se debe responder.....	Pag. 80
1.4. Prueba de las eximentes.....	Pag. 81

Capítulo 6: Conclusiones finales.

Conclusión.....	Pag. 83
-----------------	---------

Bibliografía.....	Pag. 85
--------------------------	----------------

Introducción

La responsabilidad civil, es una institución jurídica, que analiza los fundamentos y requisitos para que una determinada persona, sea obligada a reparar el perjuicio sufrido por otra.

Cuando un sujeto incumple un deber o una obligación o cuando causa un daño, es responsable siempre que el incumplimiento o el daño le sea imputable.

Como decía Reglero Campos, “Responsabilidad es imputación”, la responsabilidad es la posición de sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de reparar un hecho lesivo a un interés protegido

La responsabilidad es un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad; consecuencia que conlleva, como principio, la obligación de reparar el daño. (López Mesa, 2016, p. 4)

En la Argentina de las últimas décadas, sin dudas los médicos son los profesionales que han recibido el mayor número de reclamos vinculados con el ejercicio de su actividad. Las causas de tal fenómeno obedecen a una multiplicidad de factores. Entre ellos, el hecho de asociarse su labor con la vida y la salud de las personas, genera gran sensibilidad cuando los resultados obtenidos no son los esperados, aunque no siempre ello dependa- al menos en forma absoluta- de la pericia, prudencia y diligencia profesional. Además, hoy en día se le asigna la máxima jerarquía al derecho a la salud, hallándose directamente comprometido el interés público en su protección (conf. Arts. 42 y 43 CN, y tratados conf. Art. 75 inc. 22 CN).

El acto médico puede engendrar supuestos de responsabilidad profesional; esta última es la obligación que tienen los galenos de reparar o satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión, cuando este acto cause un daño en el cuerpo o en la salud del paciente.

Asimismo, al admitirse pacíficamente que la reponsabilidad del médico compromete generalmente la del nosocomio y la del organizador de los servicios de salud (públicos, obra social, medicina prepaga u otro), las demandas en este ámbito cuentan con una alta probabilidad de encontrar un legitimado pasivo solvente para atender una condena eventual.

Otros factores como el déficit en la calidad de la educación profesional, la masificación en la asistencia, la proletarización de las condiciones del ejercicio-en cuanto afectan el desarrollo de las prestaciones en condiciones y tiempos adecuados- y la mayor conciencia sobre el derecho de los pacientes a ser indemnizados por los daños sufridos, inciden también en el fenómeno descripto.

El instituto existe desde la sanción del primer Código Civil de la Nación, éste ha ido experimentando diversos cambios y modificaciones a lo largo del tiempo.

Si bien en materia de responsabilidad civil, como género que incluye la responsabilidad de los profesionales de la salud, el flamante Código Civil y Comercial de la Nación recoge los criterios que han venido trazándose a nivel doctrinario y jurisprudencial, el nuevo cuerpo legal presenta ciertas novedades(Wierzba, S (2015). La responsabilidad médica en el nuevo CC y C. *Respronsabilidad Civil y Seguros- La Ley*, 17 (9), 5-25).

La responsabilidad civil médica analiza los fundamentos y requisitos para que una determinada persona (profesional de la medicina) sea obligada a reparar el perjuicio injustamente sufrido por otra u otras (paciente y/ o sus familiares).

En cuanto a la regulación normativa, el instituto se encuentra consagrado en el Código Civil y Comercial de la Nación, el núcleo central está regulado entre los artículos 1708 y 1780.

La finalidad del presente trabajo es analizar cómo está regulada la responsabilidad civil del médico en el Código Civil y Comercial de la Nación, caracterizar ésta responsabilidad, explicar sus fundamentos, sus funciones y sus requisitos, analizar sus presupuestos, analizar los deberes jurídicos del médico, e identificar los eximentes de la misma.

El desarrollo del TFG comprenderá tres partes fundamentales. La primera de ellas, que abarca los capítulos I y II, tiene una finalidad netamente introductoria y en la misma se hará a referencia a la responsabilidad civil, funciones de la responsabilidad, regulación, el nuevo CC y C, responsabilidad civil del médico en el CC y C, y a los deberes jurídicos del médico.

La segunda parte del TFG comprenderá los capítulo III y IV y en ellos se procederá al análisis específico de la responsabilidad civil del médico, el acto médico, fundamentos de la responsabilidad civil del médico, presupuestos de la responsabilidad civil del médico (el daño, la antijuridicidad, el factor de atribución, la relación de causalidad), y los caracteres de la responsabilidad civil del médico.

La tercera y última parte del TFG abarcá el capítulo V, relativo a los eximentes de la responsabilidad civil del médico (el hecho del damnificado, el hecho de un tercero por quien no se debe responder, y el caso fortuito o la fuerza mayor).

Capítulo 1.

La responsabilidad.

Sumario: 1. La responsabilidad. 2. La responsabilidad civil. 3. Funciones de la responsabilidad en el C.C. 4. Funciones de la responsabilidad en el C.C.y C.

1. La responsabilidad.

Señala el Maestro Bustamante Alsina: “responder significa dar cada uno cuenta de sus actos. La conducta de los individuos se traduce en actos unilaterales o bilaterales que a su vez producen una modificación del mundo exterior. La alteración unilateral de las circunstancias que forman el entorno de los demás, puede ser favorable al interés individual o colectivo de éstos, o bien puede ser contrario”

Etimológicamente, responder proviene del latín *respondere*, que a su vez tiene como raíz *re* y *spondeo*. Esto último significa prometer solemnemente en nombre de uno, comprometerse, responder de uno. En el diccionario de la Lengua, si bien son muchas sus acepciones, en todas ellas existe un hilo común: responder es dar respuesta.

En el ámbito de las relaciones jurídicas, el vocablo responsabilidad importa la atribución de un deber jurídico en cabeza de una persona quien, porque el ordenamiento así lo dispone, debe-en sentido amplio- “dar respuesta” mediante la realización de una conducta que le es impuesta. Porque así lo ha elegido (por ej., al celebrar un contrato), o porque se encuentra inmerso, como protagonista, en una situación a la que el ordenamiento le asigna virtualidad de generar dicho deber de obrar (de manera positiva o negativa), y que en caso de no ser cumplida de manera espontánea, le es exigible por la vía coactiva. “Ser responsable”, pues, se predica de cualquier sujeto grabado con un deber jurídico determinado: si se “debe” se es “responsable” (Ossola, 2016, p.3).

Como decía Reglero Campos, “Responsabilidad es imputación”, la responsabilidad es la posición de sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de reparar un hecho lesivo a un interés protegido.

La responsabilidad es un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado. Esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad; consecuencia que conlleva, como principio, la obligación de reparar el daño (López Mesa, 2016, p.e4).

Los antiguos romanos sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *homeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo), *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro. Para los romanos, a partir de esos principios se podía-ante cualquier situación- saber cómo comportarse en relación con los demás.

El principio del *alterum non laedere* es, como la noción misma del derecho, inseparable de la alteridad, es decir, en relación a otro, o, lo que es lo mismo, tiene sentido únicamente en la vida en sociedad.

El derecho no protege a quien causa un daño a otro, sino que, muy por el contrario, hace nacer una obligación-en sentido jurídico- de dejar a la víctima del daño en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama “responder”, ser “responsable” o tener “responsabilidad” por el daño padecido por otra persona (López Herrera, 2005, p. 1).

2. La responsabilidad Civil.

Hablar de responsabilidad civil abarca una multiplicidad de situaciones en las que nos encontramos inmersos en la vida cotidiana, muchas veces sin advertirlo. En efecto cuando participamos en la vida en sociedad, el contacto con “el otro” resulta inevitable y aún necesario.

Aunque pretendiéramos evitar generar situaciones o relaciones con otras personas, a diario nos encontramos celebrando contratos, causando o sufriendo daños, cumpliendo o transgrediendo normas.

Es por ello que todo régimen de responsabilidad civil es un pilar fundamental de la normativa interna de cada estado. El ámbito de protección a las víctimas de determinados daños es un aspecto central de todo sistema jurídico y el diseño de las normas junto con los principios subyacentes que las inspiran va a determinar y condicionar muchas situaciones a las que nos enfrentamos como actores en la vida en sociedad, principalmente aquellas situaciones en las que podemos actuar como agentes racionales.

No obstante, hay una multiplicidad de situaciones en las cuales la racionalidad no tiene lugar, o bien su protagonismo se encuentra diluido.

Nos referimos a situaciones en las cuales sufrimos o causamos daños sin mediar vínculo previo entre víctima y victimario (Otaola, 2016, p. 23).

Responsabilidad civil es la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico.

Esta definición tiene suficiente flexibilidad para brindar una explicación razonable de forma y modo en que se comporta esa obligación de reparar los daños y perjuicios sin atadura a preconceptos.

Por lo pronto, es menester que exista un daño causado a otro. No hay responsabilidad civil sin daño material o moral resarcible (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 45).

Ese daño debe ser injustamente causado, lo cual no significa que deba necesariamente provenir de un acto ilícito civil (aunque ordinariamente así ocurra), ni, mucho menos, que siempre sea menester culpa del agente. Es el carácter injusto del daño el

que determina que no sea la víctima quien deba soportarlo y el que justifica su pretensión resarcitoria contra el responsable.

La obligación de resarcir el daño causado tiene una finalidad jurídica eminentemente reparadora, sustentada en exigencias compensatorias de la justicia conmutativa y también “en la simple decencia entre semejantes”

La responsabilidad civil plantea, en esencia, como hemos dicho anteriormente, un problema de atribución y de ulterior traslación de las consecuencias dañosas a otro, del damnificado al responsable, lo cual nos conduce de la mano, casi naturalmente, al problema del fundamento de la obligación de resarcir (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 46).

La obligación de indemnizar el daño causado puede tener su origen en un hecho propio del responsable, o en el hecho de ciertos terceros por los que debe responder, o por el hecho de las cosas de las que es dueño o guardián.

La reparación del daño debe ser realizada en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico, lo cual conduce a preponderar los presupuestos idóneos para configurarla, en particular la relación causal y el factor de imputación, las circunstancias eximentes de responsabilidad, los problemas de legitimación activa y pasiva y sobre todo la extensión del resarcimiento (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 47).

La responsabilidad civil (contractual o extracontractual) requiere la presencia de ciertos elementos, sin los cuales no alcanza a configurarse. Ellos son: antijuridicidad (sin perjuicio de los supuestos excepcionales de responsabilidad civil por actos lícitos), el daño resarcible, factor de atribución (subjetivo u objetivo) y la relación de causalidad (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 48).

La responsabilidad civil forma parte de una temática más amplia, a que habremos de denominar “derecho de daños”. Esta última engloba no sólo las cuestiones vinculadas con la reparación del perjuicio o sea la clásica responsabilidad civil, sino también con su prevención y eventual punición y desmantelamiento de ciertos ilícitos, particularmente los lucrativos.

“Prevención”, “reparación” y “punición” constituyen, de tal modo los tres grandes ejes temáticos del derecho de daños (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 48).

Con respecto a la normativa aplicable ante un supuesto de responsabilidad civil, el CCyC establece la prelación de la normativa en el art. 1709 en los casos en que concuran las disposiciones del mismo y las de alguna ley especial, adoptando un criterio de prevalencia de las normas indisponibles, seguido por la autonomía de la voluntad de las partes, en tercer lugar se aplica el criterio de especificidad, y residualmente las normas supletorias (Otaola, 2016, p. 24).

3. Funciones de la responsabilidad civil en el C.C.

La función resarcitoria: la reparación del daño consiste en el cumplimiento de una prestación a cargo del responsable y a favor del damnificado, a través de la cual se hace efectiva la obligación resarcitoria que surge del hecho dañoso (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 217).

Constituye, desde una perspectiva netamente jurídica, el restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso y, al mismo tiempo, una exigencia de estricta justicia y equidad. A través de ella se procura reponer jurídicamente al damnificado en la situación más próxima a la que se encontraba antes del hecho dañoso, en cuanto sea posible, desmantelando de tal modo los efectos pasados, presentes y futuros del ilícito.

Es indiferente que el daño provenga del incumplimiento de una obligación preexistente, por lo general de fuente contractual, o de la violación del principio de no dañar (*alterum non laedere*). En ambos supuestos procede la reparación, que se nutre de los mismos principios.

La reparación tiene finalidad resarcitoria. Procura reparar el daño, compensando el menoscabo, antes de sancionar y castigar al responsable. De allí que, como regla, el perjuicio (material o moral) sufrido por el damnificado constituye el límite más allá del cual no es posible pasar, so riesgo de convertir el daño en una fuente de lucro para el dañado y de correlativa explotación para el responsable (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 218).

4. Funciones de la responsabilidad civil en el C.C y C.

Función resarcitoria.

Tradicionalmente, este nomen juris (responsabilidad civil) se reservó de manera exclusiva para el fenómeno resarcitorio. La notable evolución que experimentó la cuestión en estas últimas décadas, llevó a los juristas más destacados a proponer una nueva denominación, Derecho de Daños, entendiéndola como más abarcativa, en el sentido que además de los estrictamente resarcitorio (su función esencial), debe comprender también la función preventiva y la sancionatoria de las conductas dañosas. Sin embargo, en el CCyC se optó por mantener la denominación tradicional, pero reformulando su contenido: la responsabilidad no se agota en la función resarcitoria, que es la prevalente, sino que comprende también la preventiva y la punitiva. Cabe aclarar que la función punitiva ha sido notablemente menguada” (Ossola, 2016, p.13).

El reconocimiento de otras funciones a la par de la resarcitoria no implica negar la primacía que tiene en todo régimen de responsabilidad civil la reparación del daño (Otaola, 2016, p. 161).

El deber de reparar se encuentra regulado en el art. 1716 del CCyC, que no introduce mayores cambios al sistema establecido por Vélez Sarsfield.

“Artículo 1716.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este código”.

El equivalente a dicho artículo en materia de responsabilidad extracontractual, lo encontramos en el art, 1109 del CC.

La mayor diferencia se encuentra en la unificación de las órbitas de la responsabilidad y en las consecuencias indemnizables. Como se dijo, bajo el esquema del CC las principales diferencias subsistentes hasta la entrada en vigencia del CCyC entre la responsabilidad contractual y extracontractual, se dieron en torno al plazo de prescripción (mayor en el primer caso) y la extensión del resarcimiento (mayor en el caso de la responsabilidad extracontractual). Al unificarse las órbitas, el deber de resarcir comprenderá las mismas consecuencias indemnizables independientemente del origen del deber (violación de una obligación contractual o del deber genérico de no dañar).

Con respecto a las consecuencias indemnizables el CCyC dispone:

“Artículo 1726.- Relación causal. Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles”

De tal modo se adopta expresamente la teoría de la causalidad adecuada (Otaola, 2016, p. 162).

A continuación se definen los tipos de consecuencias, del mismo modo en que lo hacia el CC de Vélez Sarsfield:

“Artículo 1727.- Tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

El demandado deberá indemnizar las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

A su vez, el art. 1725 del CCyC adopta la fórmula del art. 902 del CC, por cuanto dispone una mayor diligencia exigible en los casos en que- debido a las particulares circunstancias del demandado o de la relación obligacional- sea dable esperar una mayor pericia en el accionar del sindicado responsable (Otaola, 2016, p. 163).

“Artículo 1725.- Valoración de la conducta. Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y a la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza de acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial o las facultades intelectuales de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”(Otaola, 2016, p. 164).

Rige en nuestro sistema el principio de la reparación plena e integral. Se reconoce que constituye una maxima del régimen de responsabilidad civil, justificando muchas veces la declaración de inconstitucionalidad de los sistemas de indemnización tarifados (Otaola, 2016, p. 165).

La sección 4 del capítulo 1, Título V se titula “Daño resarcible”. El primer artículo de dicha sección dispone lo siguiente:

“Artículo 1737.- Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona 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”

A continuación, se especifica que la indemnización comprende tanto las consecuencias patrimoniales como las extras patrimoniales:

“Artículo 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. 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”(Otaola, 2016, p. 173).

Función preventiva.

Las nuevas tendencias en el derecho de la responsabilidad por daños destacan la importancia de la función preventiva.

Si bien el régimen establecido por el Código de Vélez Sarsfield reconocía una tutela preventiva, ésta carecía en dicho corpus iuris de una consagración expresa y concisa, al modo que lo hace el CCyC (Otaola, 2016, p. 195).

El artículo 1710 del CCyC dispone:

“Artículo 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable; tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño si ya se produjo”.

Como se advierte, la tutela preventiva se encuentra diseñada para evitar supuestos de daños graves, donde el cometido de “volver las cosas al estado anterior” puede ser difícil o de imposible concreción.

Con respecto al deber de prevención consagrado en el art. 1710 citado, tiene los siguientes alcances: toda persona tiene el deber genérico de evitar causar un daño no justificado: se trata de un deber con idéntico alcance al *alterum non laedere*, que se ubica en un espacio temporal anterior.

En segundo lugar, se deben adoptar las diligencias conforme a lo que haría una persona que obrara de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido.

Por último, se reconoce el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha incurrido el evitador del daño, siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa (Otaola, 2016, p. 198).

Función punitiva.

Se trata ésta, de la función más controvertida y resistida por la doctrina argentina. Tradicionalmente se ha considerado que la punición o sanción de inconductas corresponde al ámbito del derecho penal, o en su caso, del derecho administrativo sancionador. Esta división entre el derecho civil y el derecho penal se apoyaba en la idea de responsabilidad civil como un mecanismo exclusivamente de compensación de daños.

Incluso hoy, hay quienes afirman que son dos las funciones de la responsabilidad civil: la prevención y la reparación del daño. Ello puede verse en algunos pronunciamientos posteriores al proyecto del Código Civil y Comercial 2012, cuya redacción original consagraba expresamente tres funciones de la responsabilidad civil en el art. 1708 “Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva” (Otaola, 2016, p. 203).

Como manifestamos, el Proyecto reconocía expresamente las tres funciones de la responsabilidad. Sin embargo, luego de las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral, el art. 1708 quedó redactado de la siguiente forma: “Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”. Eliminándose de tal modo la figura de la “sanción pecuniaria disuasiva”, no obstante lo cual, es posible afirmar que la función sancionatoria forma parte de la responsabilidad por daños, aunque ésta debe ser objeto de una interpretación restrictiva.

La función punitiva de la responsabilidad civil se configura cuando los tribunales mandan a pagar al demandado un monto por encima del daño efectivamente causado. Se trata de un plus, una suma de dinero que excede el mero resarcimiento.

Hoy podemos decir que la mayor parte de la escasa doctrina generada a partir de la entrada en vigencia del CCyC afirma la dualidad de funciones de la responsabilidad civil: preventiva y resarcitoria. La posición intermedia se encuentra en aquellos que ponen en duda la existencia de la función punitiva, sin negarla completamente (Otaola, 2016, p. 203).

Capítulo 2.

Regulación de la responsabilidad civil.

Sumario: 1. El nuevo CCyC. 2. La regulación de la responsabilidad civil en el CCyC. 3. La responsabilidad civil de los profesionales liberales en el CCyC
4. La responsabilidad civil del médico en el CCyC.

1. El nuevo CCyC.

El ordenamiento sancionado por la Ley 26994 receptó en materia de responsabilidad civil un sistema muy peculiar, distinto de todo lo conocido, que por conducto de su art. 1757 CCyC ha ultraobjetivizado la responsabilidad, consagrando un régimen que casi equivale a la causalidad material. Con apenas leer el segmento final de la norma, una inteligencia medianamente lúcida arriba a esta conclusión, la que adviene como inevitable.

Un enjambre de normas y criterios jurisprudenciales receptados por ellas, buscando corregir supuestos vicios y vacíos de la responsabilidad civil en la doctrina y la jurisprudencia tradicional, ha dejado plasmado un régimen sorprendente, que sobresale no por su profundidad ni precisión, sino por su textura abierta, que terminará dejando en manos de los jueces la determinación no ya del como de la responsabilidad civil, sino incluso del qué de ella, que es lo más preocupante (López Mesa, 2016, p. 19).

A tenor de estas ideas y de las nuevas normas sancionadas, la responsabilidad ha dejado de ser una pequeña superficie del derecho civil para avanzar hasta ocupar, cuantitativa y cualitativamente, un importante segmento de éste (López Masa, 2016, p. 20).

No han faltado autores que pretendan que el nuevo CCyC es una estructura sistemática, incluso superior al Código de Vélez en este aspecto, y que ha unificado completamente el régimen de la responsabilidad en un solo segmento, en los arts. 1708 a 1780, borrando las diferencias entre la responsabilidad contractual y aquiliana.

Frente a la contemplación del piélago de normas de responsabilidad que se hallan desparamadas por todos los libros, y hasta por el Título Preliminar del Código, las preguntas surgen nítidas: ¿El nuevo Código contiene un sistema unificado de

responsabilidad civil? ¿O sólo posee un título con ese nombre y luego deshilacha normas sueltas por doquier?

La sistemática, si es que se la ha buscado, no ha quedado plasmada en la realidad. Aclaremos que la sistemática es la estructuración racionalmente optimizada de elementos diversos de modo de hacer previsible la ubicación y búsqueda de ellos en un ordenamiento coherente.

El problema es que eso no ha quedado plasmado e la realidad (López Mesa, 2016, p. 25).

Por ende, no es exacto que la responsabilidad civil conforme ahora un sistema cerrado, coherente, uniforme y completo, en el nuevo Código.

Ello, porque si bien es cierto que en los arts. 1708 a 1780 CCyC Se encuentran las principales normas dedicadas a esta temáticas, no es menos cierto que subsisten numerosas reglas sueltas, en otros segmentos del nuevo Código- para peor-, las que contemplan supuestos puntuales y particulares de responsabilidad.

No cabe soslayar datos trascendentales:

1. Existen al menos 48 normas individuales o, peor aún, conjuntos o ensambles normativos aplicables a supuestos particulares de responsabilidad, por fuera del “sistema de responsabilidad civil” del nuevo código.

Vista la cantidad de supuestos que quedaron fuera del “sistema de responsabilidad civil”, en verdad, dicha tentativa unificatoria de los regímenes de responsabilidad parece poco lograda o concretada(López Mesa, 2016, p. 27)

2. La regulación de la responsabilidad civil en el CCyC.

El CCyC constituye una verdadera divisoria de aguas, pues la metodología en materia de responsabilidad civil ha cambiado, de manera notable.

El núcleo central está regulado ahora entre los arts. 1708 y 1780, en el Capítulo 1 del Título V (“Otras fuentes de las obligaciones”) del Libro Tercero (“Derechos Personales”). Como ya se ha indicado, se trata aquí-claramente- de una causa fuente

específica y tipificada de obligaciones (además, de otros deberes jurídicos no estrictamente obligacionales), debidamente emplazada.

Se encuentra dividida en once secciones, didácticamente dispuestas, que van desde lo más general a lo particular, en función de lo que ha sido la construcción del “sistema” en el que trabajaron tantos años la doctrina y la jurisprudencia, reflejando-en términos generales-lo que es la opinión mayoritaria sobre las cuestiones más relevantes.

Las secciones son:

- 1º Disposiciones generales (arts. 1708 y 1709)
- 2º Función preventiva y punición excesiva (arts. 1710 y 1715)
- 3º Función resarcitoria (arts. 1716 a 1736)
- 4º Daño resarcible (arts. 1737 a 1748)
- 5º Responsabilidad directa (arts. 1749 a 1752)
- 6º Responsabilidad por el hecho de terceros (arts. 1753 a 1756)
- 7º Responsabilidad derivada de la intervención de cosas y de ciertas actividades (arts. 1756 a 1759)
- 8º Responsabilidad colectiva y anónima (arts. 1760 a 1762)
- 9º Supuestos especiales de responsabilidad (arts. 1763 a 1771)
- 10º Ejercicio de las acciones de responsabilidad (arts. 1772 y 1773)
- 11º Acciones civiles y penales (arts. 1774 a 1780)

Comprende, como es lógico, la regulación de la causa fuente de la obligación de indemnizar, y la estructura de dicha obligación en particular. De allí la necesidad imperiosa de acudir al Título I (la parte general de las obligaciones) para completar el análisis.

Estas normas conforman el epicentro de un complejo sistema, al que deben integrarse una multiplicidad de soluciones establecidas en variadísimas situaciones particulares dentro del CCyC, como así también en las leyes especiales.

Si bien se ha producido la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual (art. 1716 CCyC), lo cierto es que no existe un tratamiento orgánico de la problemática, pues hay normas en la parte general de las obligaciones, y otras en la de la responsabilidad civil, lo que dificulta el análisis.

De todas maneras, el cambio es notable.

El sistema de la responsabilidad civil en el CCyC Tiene las siguientes normas distintivas:

a) El daño o el peligro de daño constituyen el eje axial del sistema

El fenómeno de la responsabilidad civil tiene como presupuesto ineludible la previa causación de un daño que debe ser indemnizado (o-en su caso- castigado el responsable de la conducta que lo produjo), o la provocación de una situación de peligro que es menester neutralizar.

b) La denominación “responsabilidad civil”

Sus tres funciones:

Tradicionalmente, este nomen juris se reservó de manera exclusiva para el fenómeno resarcitorio. La notable evolución que experimentó la cuestión en las últimas décadas, llevó a los juristas más destacados a proponer una nueva denominación, Derecho de Daños, entendiéndola como más abarcativa, en el sentido de que además de lo estrictamente resarcitorio (su función esencial), debe comprender también la función preventiva y la sancionatoria de las conductas dañosas. Sin embargo, en el CCyC se optó por mantener la denominación tradicional, pero reformulando su contenido: la responsabilidad no se agota en la función resarcitoria, que es la prevalente, sino que comprende también la preventiva y la punitiva.

Cabe aclarar que la función punitiva ha sido notablemente menguada por la Comisión Bicameral, que, al introducir modificaciones al anteproyecto eliminó la sanción pecuniaria disuasiva contemplada en los arts. 1714 y 1715, razón por la cual solo se mantiene los daños punitivos del art. 52 de la Ley de Defensa del Consumidor 24240, y también las astreintes, cuando se apliquen para el caso de incumplimiento de resoluciones judiciales tendientes a la reparación o a la prevención de los daños.

c) El principio Alterum Non Laedere, de raigambre constitucional

La CSJN, en los casos “Santa Coloma”, “Ghünter” y “Lujan” (todos del 5/8/1986, fallos 308:1160, 1118 y 1109) reconoció el anclaje constitucional del principio, en el art. 19 de la Carta Magna y, por ende, dicha jerarquía al principio de reparación del daño. Posteriormente lo ratificó en varios fallos, mereciendo destacarse el caso “Aquino” (del

21/09/2004, fallos 327:3753), en el que se declaró la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1º de la Ley de Riesgos de Trabajo 24557 (que excluye y limita la reparación civil en los accidentes de trabajo). En el CCyC se ha receptado en el art. 1717: “cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”

d) Exclusión de la responsabilidad del Estado y los Funcionarios Públicos. Código de la responsabilidad civil de los particulares.

Puede afirmarse, que el sistema de responsabilidad civil está destinado sólo a los particulares, ya que todo el capítulo de la responsabilidad civil no es aplicable a la responsabilidad del Estado de manera directa o subsidiaria (art. 1764 CCyC), rigiéndose por las normas principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1765 CCyC) al igual que la de los funcionarios y empleados públicos (art. 1766 CCyC).

e) Unificación relativa de la responsabilidad contractual y extracontractual

Se han unificado las dos órbitas de la responsabilidad en aquello que les era común, sin perjuicio de subsistir importantes diferencias derivadas de su diferente naturaleza.

f) El principio de reparación plena el daño. Sus alcances.

En el art. 1740 del CCyC se dispone que “la reparación del daño debe ser plena”. Sin embargo, cabe advertir que no son resarcibles todos los daños que en la fenomenología natural se derivan causalmente de un suceso. Existe una limitación de las consecuencias indemnizables, e incluso diferente en la responsabilidad contractual y la extracontractual (arts. 1727 y 1728). De todas maneras, ésta constituye la base que luego, en ciertas situaciones pueden eventualmente ser más o menos extensa, lo que supone una compleja interacción e integración de las soluciones de la ley.

g) Daño moral

Se ha ampliado la legitimación para la reparación del daño moral, y su contenido, además de adoptarse un criterio específico para su cuantificación (art. 1741 CCyC)

h) El daño patrimonial. Clases y presunciones de daño.

Además del daño emergente y el lucro cesante, se ha consagrado la pérdida de chances como una de las especies de daño resarcible patrimonial, unánimemente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia (art. 1738 CCyC); además se han establecido algunas presunciones iuris tantum de daño patrimonial, además de la antes existentes (arts. 1745 y 1746 CCyC)

i) La antijuridicidad. La responsabilidad por actos lícitos

Se ha reformulado normativamente el concepto de antijuridicidad (art. 1717 CCyC), manteniéndosela como un presupuesto de la responsabilidad, en función del principio alterum non laedere, pero enervándola cuando la conducta está justificada. La responsabilidad por actos lícitos dañosos, por ende, es excepcional.

j) Los factores de atribución

Se han consagrado nuevos factores objetivos de atribución, postulados por la doctrina y la jurisprudencia en el marco del Cód. Civil (por ej., en materia de accidentes de tránsito-art. 1769 CCyC-), o modificando normas expresa (en la responsabilidad de los padres- arts. 1754 y 1755 CCyC-). En muchos supuestos se ha explicitado también la existencia de responsabilidad subjetiva (por ej., en el de los profesionales liberales-art. 1768 CCyC-). Debe destacarse que en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa (art. 1721 CCyC)

k) La relación causal y sus eximentes

Se ha mantenido, en términos generales, las reglas del Cód. Civil, ratificándose la vigencia de la teoría de la causalidad adecuada (art. 1726 CCyC), y ajustándose varias soluciones en las que se responde por caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento (art. 1733 CCyC). Las eximentes también han sido calibradas en función de dichos parámetros (art. 1729 y 1731 CCyC).

l) La distinción entre obligaciones de medios y resultado

Se ha receptado en materia obligacional tal distinción de las relaciones obligacionales.

m) Determinación de concurrencia o solidaridad en caso de pluralidad de responsables

En el supuesto en el que existiera más de un responsable, la ley determina si la obligación resarcitoria es solidaria o concurrente, habiéndose ampliado los casos de solidaridad.

n) Existencia de normas procesales en el CCyC

Se han incorporado importantísimas normas vinculadas a la prueba de los presupuestos de la responsabilidad (arts. 1734 a 1736 CCyC)

o) Incidencia del análisis económico del derecho

En varias normas del CCyC la doctrina del análisis económico del derecho se han hecho presente, como por ej., en la indemnización por lesiones o incapacidad (art. 1746 CCyC)

p) Constituye un sistema de “compensación” entre los individuos vinculados por la relación jurídica, y no de la seguridad social o mecanismos asistencialistas

La indemnización de los daños consiste “en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie” (art. 1740 CCyC). Por ende, es un mecanismo de compensación del detrimento sufrido, que debe ser diferenciado de los instrumentos que brindan la seguridad social u otros sistemas asistenciales.

q) La dignidad de la persona, epicentro de toda la construcción jurídica

La tutela de la dignidad de la persona (art. 51 CCyC) también se manifiesta, y de una manera notable, en la responsabilidad civil, mediante la ampliación de las fronteras del daño moral, la inembargabilidad de ciertos créditos resarcitorios (art. 744 CCyC), y la

potenciación de la protección resarcitoria respecto de los daños causados a la integridad psicofísica de las personas.

r) Andamiaje normativo

Como se ha señalado, las normas contenidas entre los arts. 1708 y 1780 del CCyC constituyen el epicentro del sistema, que debe ser interpretado e integrado con las restantes normas del propio CCyC y las especiales. En el art. 1709 se estatuyen las reglas de prelación normativa que se derivan de la coexistencia de normas generales y especiales, disponibles o no.

s) Tutela de los derechos individuales y de incidencia colectiva

En el art. 14 del CCyC se reconocen los derechos individuales y los de incidencia colectiva (Ossola, 2016, p.11).

3. La responsabilidad civil de los profesionales liberales en el CCyC.

Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, profesional es quien ejerce una profesión, practica una actividad de la cual vive, o sea una persona “que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación”. Por profesión se entiende “empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que percibe una retribución (Pizarro-Vallespinos, 2014, p. 477).

La responsabilidad profesional es aquella en que incurre quien ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; esta responsabilidad requiere, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil (López Mesa, 2016, p. 283).

Este particular tipo de responsabilidad ha sido ampliamente abordado por la doctrina Argentina. Por lo tanto, su inclusión expresa en el CCyC constituye un importante avance en la materia. Al respecto dice la norma:

Artículo 1768.-“Profesionales liberales”. 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 se preste con

cosas, la responsabilidad no está comprendida en la sección 7ª, de este capítulo, excepto que sea un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757.

La doctrina ha delimitado los requisitos que debe reunir la actividad desplegada por el profesional liberal para ser considerada como tal: a) autonomía técnica; b) sometimiento a un régimen disciplinario conforme normas éticas y c) colegiación (Otaola, 2016, p. 442).

No se la define en el CCyC, y desde siempre han existido profundas discusiones en torno a la necesidad o no de título universitario (concepción restringida), o bien-incluso- de título (concepción amplia).

Lo cierto es que la denominación “profesión liberal” pone su acento en la ausencia de subordinación entre el profesional y el cliente (Yzquierdo Tolsada), pues posee un conocimiento (avalado por un título) mediante el cual desempeña actividades predominantemente intelectuales, y lo hace en forma autónoma frente al cliente.

No se trata entonces, “libertad de elegir cliente” (que a veces puede no existir), sino, “libertad en la tarea intelectual”

Opinamos que en el CCyC el concepto es el restringido, en el sentido de que las notas tipificantes para clasificar al profesional como “liberal” son: tener título universitario, la habilitación, autonomía técnica, la sumisión a normas técnicas y a potestades disciplinarias, y colegiación” (Ossola, 2016, p.338).

Con respecto a la regulación del citado art. 1768, se somete la actividad de los profesionales liberales a las reglas de las obligaciones de hacer. Ello nos remite a las normas que se encuentran en la Sección 2ª; “Obligaciones de hacer y no hacer”, del libro tercero, Título 1; mas precisamente los artículos 773 a 778 y concordantes del CCyC.

Con buen criterio la responsabilidad de los profesionales liberales es de carácter subjetivo, excepto cuando el profesional se compromete a la obtención de un resultado.(Otaola, 2016, p. 442).

El art. 1768 recepta la distinción entre obligaciones de medio y de resultados, muy arraigada en la civilística argentina. Como regla, la obligación asumida por el profesional

liberal será de medios. Finalmente, establece expresamente que la actividad del profesional liberal no está comprendida en las actividades riesgosas (Otaola, 2016, p. 445).

4. La responsabilidad civil del médico en el CCyC.

Nuestro CCyC no contiene una sola norma específica en materia de responsabilidad médica. Si es cierto que, al menos, ha mejorado la situación del Código de Vélez, puesto que el nuevo ordenamiento consagra una norma específica a la responsabilidad de los profesionales (art. 1768)(López Mesa, 2016, p. 64).

Vigente el CCyC, ya no tiene sentido, al menos no en materia de responsabilidad médica, indagar acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de esta responsabilidad.

Es que, a diferencia de otros supuestos contractuales que tienen regulaciones por separado en el nuevo ordenamiento, en esta temática el supuesto está captado por el sistema de la responsabilidad civil, siendo normado en el art. 1768 CCyC, que empalma con el art. 774 del mismo.

Por ende, cualquiera sea el caso de responsabilidad médica el mismo va a recibir idéntico tratamiento, no siendo pertinente a esta altura distinguir -reitero- en este tópico puntual, si corresponde a responsabilidad contractual o extracontractual (López Mesa, 2016, p. 70).

Dice López Mesa que...la responsabilidad civil médica es una subespecie de la responsabilidad profesional, y ésta es una especie de la responsabilidad civil.

La responsabilidad profesional es aquella en que incurre quien ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; esta responsabilidad requiere, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

La responsabilidad médica constituye una parte de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general.

Como especie de un género, debe reunir, al menos, los atributos o requisitos de ese género, con lo que no cabe predicar respeto de la responsabilidad médica nada que contradiga abiertamente la ortodoxia de la responsabilidad en general (López Mesa, 2016, p. 283).

Dice López Mesa...El Código Civil y Comercial ha receptado explícitamente los cuatro presupuestos clásicos de la responsabilidad, en diversas normas. A tenor del ordenamiento vigente, son presupuestos de la responsabilidad civil los siguientes:

El daño: (art. 1716 CCC). Ello pues, la violación del deber de dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado.

La antijuridicidad: cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada (art.1717 CCC).

Los factores de atribución: la atribución de un daño al responsable solo puede basarse en factores objetivos o subjetivos (art. 1721 CCC).

La relación de causalidad: son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726CCC).

Si están reunidos estos cuatros requisitos, el juez puede condenar al médico demandado; si alguno de ellos no concurre, solo puede condolerse como persona de la situación de la víctima, pero no puede regular y válidamente concederle un resarcimiento, ya que hasta allí no llega su imperio, no estando facultado para realizar actos de beneficencia con dinero ajeno (López Mesa, 2016, p. 287).

Capítulo 3.

La responsabilidad civil del médico.

Sumario: 1. El acto médico. 2. Deberes jurídicos del médico. 3. Fundamento de la responsabilidad civil del médico. 4. Presupuestos de la responsabilidad civil médica (4.1. El daño. 4.2. La antijuricidad. 4.3. El factor de atribución. 4.4. La relación de causalidad.)

Introducción.

La medicina es una ciencia humanista; la ética que la preside, desde Hipócrates hasta nosotros, es antropocéntrica, el hombre es el centro del mundo médico. Ella se sustenta en el principio del servicio al ser humano en función de su salud, siendo sus objetivos el propiciar su bienestar físico y mental, el restablecer el equilibrio del cuerpo, si se ha visto alterado, el de curar, ante una enfermedad o, por lo menos, aliviar la enfermedad advertida (López Mesa, 2016, p. 43).

La responsabilidad médica es la obligación que tienen los profesionales que ejercen la medicina de responder por las consecuencias derivadas de su actuación profesional.

1. El acto médico.

El acto médico es realizado únicamente por un profesional de la medicina, habilitado reglamentariamente para hacerlo, en desempeño de su profesión y en beneficio de un paciente. Acto médico es toda y cualquier acción que el galeno acomete y toda disposición que este toma en ejercicio de su profesión en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico de una enfermedad, así como aquellos que deriven directamente de los primeros.

El acto médico puede-y de hecho muchas veces suele- engendrar supuestos de responsabilidad profesional; esta última es la obligación que tiene los galenos de reparar o satisfacer las consecuencias de sus actos, omisiones y errores, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión, cuando un accionar o gesto médico, terapéutico o quirúrgico, cause un daño en el cuerpo o en la salud de un paciente, siempre que el mismo

haya sido causado por culpa, impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia de normas y reglamentos por el galeno y el daño se encontrare en relación de causalidad adecuada con su acto o su omisión (López Mesa, 2016, p. 44).

Los principios del acto médico son:

- De beneficencia: consiste en buscar siempre en todos los actos el beneficio del paciente. Hay que alejar cualquier otra intención, como el lucro, el poder o la influencia política, el placer o cualquier otra ventaja que el médico pudiera obtener.

- De la no maleficencia: que está expresado en el aforismo “Primum no nocere” (primero -o “ante todo”- no hagas daño)

- Del respeto a la vida: la cual es sagrada desde la concepción hasta la muerte. Merece respeto por el sólo hecho de ser humana, y de ahí nace la obligación de cuidarla y de no atentar contra ella. Pero esto no significa conservar la vida biológica a cualquier costo. Tenemos la obligación de mantenerla con medios ordinarios, no hay obligación de usar medios extraordinarios.

- De la equidad entre los géneros: trabajando por la prestación de bienes y servicios. La demanda de equidades es muy sentida en la salud, y para lograrla, los esfuerzos de cooperación deben ser no solo intersectoriales (universidades, gremios, empresas privadas) sino también de toda la ciudadanía nacional y extranjera.

- Del respeto a la privacidad: incluye el no burlarse en forma alguna, y no revelar innecesariamente cosas vistas u oídas, aun cuando no hubiera una petición expresa de guardar silencio. Sin embargo, esto tiene un límite, el médico y el paciente no están solos en una isla desierta, y aveces entran en conflicto los derechos individuales y los derechos de los demás; esto se da en situaciones de epidemia, por ejemplo. En tales casos, esta confidencialidad cesa por razones de salud pública y se debe revelar a las autoridades los nombres, diagnósticos de los afectados para que las mismas se ocupen de las correspondientes campañas de concientización

El secreto profesional como base para la confianza es un principio antiquísimo y esencial. Esa confianza sagrada e indispensable, es para que el paciente pueda exponer su cuerpo y su alma y pueda sanar o al menos recibir consuelo (Rueda, 2016, p.9).

El ejemplo de la responsabilidad médica muestra dramáticamente las desarmonías y disfuncionalidades que provoca la desnaturalización de la responsabilidad civil: la explosión de los reclamos dirigidos contra los médicos ha provocado un ejercicio de la medicina a la defensiva, con médicos tomando todas las cautelas posibles, ordenando estudios y análisis que antes no ordenaban, documentando hasta notarialmente el consentimiento del paciente, etc., lo que ha encarecido enormemente el arte de curar, en desmedro de los sectores menos favorecidos, que son aquellos que no pueden pagar una medicina de excelencia (López Mesa, 2016, p. 55).

2. Deberes jurídicos del médico.

Es indudable que todo sujeto de derecho tiene normativamente asignado obligaciones y deberes; el concepto de “sujeto de derecho” involucra necesariamente la carga de deberes y obligaciones, justamente porque no podría pensarse en un sujeto de derecho que no las tuviera.

El caso es que las obligaciones y los deberes que todo sujeto de derecho tiene se potencian cuando hablamos de deberes u obligaciones relacionadas con el ejercicio de una profesión, máxime si se trata de la profesión médica.

En este sentido, cabe recordar que en el caso de los médicos no hay espacio para pequeñas faltas inimputables, pues cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas- art 1725, 1º párrafo del CCC-, mayores son las consecuencias posibles que se derivan de los actos (López Mesa, 2016, p. 82).

El médico debe observar los principios y técnicas de su disciplina y el mayor celo profesional en la atención del enfermo, por cuanto el ejercicio de la medicina es incompatible con las actitudes superficiales.

Los médicos tienen los siguientes deberes:

- De confidencialidad o secreto profesional;
- De información al paciente;
- De asesoramiento o consejo;
- De requerir y obtener el consentimiento informado;
- De asistencia;
- De llevar en debida forma la historia clínica;
- De actuación diligente;
- De realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente;
- De abstenerse de asegurar un resultado;
- De reducir los riesgos a que se somete al enfermo;
- De efectuar derivación y/o interconsulta (López Mesa, 2016, p. 84).

El deber del secreto profesional: el deber de secreto profesional consiste en un deber de contenido negativo: el médico no puede revelar a terceros datos relativos al estado de su paciente o las confidencias que el mismo le hiciera en ocasión de la consulta o algún otro tratamiento.

El deber de confidencialidad o secreto profesional ha sido receptado por el art. 2 de la Ley 26529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud, incs. c) y d), que disponen: “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:...c) Intimidad. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25326; d) Confidencialidad. El paciente

tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente...” (López Mesa, 2016, p. 86).

El deber de confidencialidad obliga a los profesionales a guardar reserva sobre la información que obtiene y, consecuentemente, a no divulgarla salvo orden judicial o autorización del contratante.

Y dicha esfera de reserva y confidencialidad implica tanto la prohibición de revelar datos amparados por el secreto médico a cualquiera que no sea directo legitimado para recibir tales revelaciones, como comunicar al paciente ciertos datos sensibles de un modo personal y no degradante o expuesto a fugas informativas.

Claramente no se trata de un deber absoluto, puesto que en ciertos casos el médico tiene el deber y el derecho de efectuar revelaciones de datos recibidos de su cliente; ello ocurre normalmente cuando se encuentran en juego intereses relevantes y superiores al sigilo médico.

La revelación de datos amparados por el secreto profesional a personas no legitimadas para recibirlos torna antijurídica la actuación del médico, comprometiendo su responsabilidad civil, penal y/o disciplinaria (López Mesa, 2016, p. 89).

La obligación de reserva cesa solamente cuando se configuran alguno de los siguientes supuestos:

a) cuando una ley así lo establece, por razones de interés superior, el galeno posee una causa justa que lo releva de la obligación de reserva de secreto, y

b) cuando se trate de evitar un mal mayor (López Mesa, 2016, p. 92).

El deber de informar al paciente de su estado, pronóstico y terapéuticas posibles:

El segundo deber del médico relativo a la información es un deber positivo, consiste en informar al paciente sobre su estado de salud, la terapéutica aconsejada y sus posibilidades de curación; en caso contrario, debe informar al paciente su incurabilidad.

Así como se le exige al galeno reserva para con terceras personas, se lo obliga a corresponder la confianza del paciente, poniéndolo debidamente en tema acerca de su estado de salud, etiología de su dolencia, pronóstico de su evolución y tratamiento aconsejado, riesgos asumidos al someterse a ciertos estudios, etc (López Mesa, 2016, p. 94).

“Informar es enterar, dar noticia de una cosa o de una circunstancia, instruir, prevenir. Consiste en exponer una situación de hecho de carácter objetivo e incluso de derecho que se conocen o se deben conocer. El contenido del deber se acota a lo que sea relevante y suficiente con miras a la toma de una decisión”

En los casos de la información médica, involucra la revelación de todos aquellos datos que sean relevantes para que el paciente tome la decisión de dar o no su consentimiento a la práctica médica que le sugiere el médico (López Mesa, 2016, p. 95).

Este es un deber jurídico, cuyo incumplimiento puede comprometer la responsabilidad civil del médico, al margen de si existe o no un supuesto de mala praxis tradicional. Esa, nada menos, es la dimensión actual de este deber jurídico, que se ha levantado en los últimos lustros como un deber de primer orden que comparte escenario con la mala praxis clásica.

El nuevo CCyC, en su art.59, primera parte, establece que la información debe ser “clara, precisa y adecuada”

Y de la conjugación de los arts. 3 y 4 de la Ley 26529 surge que se entiende por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que

fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos(art. 3).

Y que la información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su conyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad (art. 4)(López Mesa, 2016, p. 96).

El médico ha de suministrar al usuario la información necesaria con el fin de iluminar y esclarecer cualquier duda, para poder decidir con libertad, dentro de las opciones posibles que la ciencia médica ofrece. La ley no concede al profesional médico atribuciones para imponer sus criterios sobre la autonomía del usuario, único legitimado para decidir consciente y responsablemente qué riesgos asume o a qué bienes renuncia en relación con su vida o integridad (art. 2, incs. e y f, ley 26529).

La exigencia de informar al paciente que carga el médico se corresponde con el derecho del paciente a elegir su camino, incluso para negarse a tratar determinada afección, si las posibilidades de sobrevida que se informan no lo satisfacen (arts. 51 y 59 CCyC; art. 2, inc. e, ley 26529)(López Mesa, 2016, p. 98).

El Código de Ética de Medicina de la República Argentina contiene dos reglas claras sobre los alcances del deber de información del médico:

a) “El médico evitará en sus actos, gestos y palabras todo lo que pueda obrar desfavorablemente en el ánimo del enfermo y deprimirlo o alarmarlo sin necesidad; pero si la enfermedad es grave y se teme un desenlace fatal, o se esperan complicaciones capaces de ocasionarlo, la notificación oportuna es la regla y el médico la hará a quien a su juicio corresponda” (art. 10)

b) “La revelación de la incurabilidad se les podrá expresar directamente a ciertos enfermos cuando, a juicio del médico, y de acuerdo con la modalidad del paciente, ello no

cause daño alguno y le facilite en cambio la solución de sus problemas” (art. 10) (López Mesa, 2016, p. 101).

La precisión informativa que exige el nuevo CCyC no puede significar deshumanización expositiva y la claridad que su art. 59 busca no puede equivaler a brutalidad al informar a una persona física y/o mentalmente debilitada en su condición y prospectiva (López Mesa, 2016, p. 102).

Este deber de información se cumple con la explicación clara y sin ambages a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como el esclarecimiento del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados. La información se debe suministrar al paciente de manera comprensible y no parcializada o reticente, sin alarmarlo indebidamente ni darle tranquilidades o confianzas excesivas, que no resulten proporcionadas a su estado de salud.

Para llenar su contenido, la información que el médico debe suministrar a sus pacientes debe cumplir cuatro requisitos: ella debe ser objetiva, veraz, completa y comprensible. Estos requisitos, conforme al nuevo art. 59 CCyC, son tres: la información debe ser clara, precisa y adecuada (López Mesa, 2016, p. 105).

La falta de información no genera per se responsabilidad civil; cuando tal falta de información priva al paciente de la posibilidad efectiva de optar por otro tratamiento menos invasivo o de menor perjuicio, entonces, compromete la responsabilidad civil del profesional que no informó (López Mesa, 2016, p. 111).

El deber de asesoramiento o consejo:

Una vez que el galeno ha informado a su paciente debidamente, no puede dejarlo solo en la encrucijada, muchas veces vital, de elegir una opción, que puede incluso terminar con su vida o afectar definitivamente su salud.

Por ello luego de que el galeno ha informado al paciente sobre su estado, posibilidades terapéuticas, riesgos de adoptar determinado procedimiento terapéutico o tratamiento y razonables prospectiva de la situación de salud del paciente, debe hacer saber

a éste-según el fundado criterio del galeno- la opción terapéutica que más se compadece con su estado de salud y posible mejoría.

Es decir que, una vez suministrada la información sobre la situación del cliente o paciente, no agota con ello sus obligaciones atinentes a la información, sino que el profesional debería expresar cual es su opinión sobre la mejor alternativa que se presenta al cliente, de acuerdo con la situación (López Mesa, 2016, p. 112).

...”Cargar al paciente sólo con información equivale a abandonarlo. El médico debe explicar las ventajas e inconvenientes de una y otra posibilidad diagnóstica y terapéutica, pero manifestando su opinión sobre la razones por las que se inclinaría hacia una de ellas. Lo contrario supone abandonar al paciente en su desconocimiento, el flujo de información ha desembocado en el enfermo, pero carece de su finalidad: que éste pueda decidir disponiendo sobre su propio cuerpo, pero con conocimiento sobre su decisión”

Pero debe quedar perfectamente claro que asesorar no equivale a convenir. El médico tiene el deber de asesorar al paciente, esto es, de hacerle saber concreta y claramente cuál es su opinión sobre la mejor alternativa terapéutica de que dispone de acuerdo a su situación y posibilidades.

Pero no está obligado el médico a convencerlo de tomar inexorablemente determinado curso de acción. De admitir ello quedaría vaciado de sentido el consentimiento informado, dado que lo emitiría quien ha sido convencido previamente y no goza ya de posibilidad de opción (López Mesa, 2016, p. 113).

El médico no tiene el deber de convencer a su paciente de adoptar determinada decisión, sino sólo de asesorarlo leal, cumplida y suficientemente.

Informado y asesorado el paciente debidamente, las decisiones que él tome no pueden comprometer la responsabilidad del médico por no haberlo convencido de no adoptar determinada decisión (López Mesa, 2016, p. 115).

El deber de requerir y obtener el consentimiento informado:

La expresión consentimiento informado ha sido receptada legislativamente en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 59 CCyC y 5, ley 26529).

El CCyC ha definido el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud como “la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos posibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a la perspectiva de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento...”.

Lo verdaderamente relevante es que el paciente haya sido esclarecido antes de tomar una decisión sobre su salud, no alcanzando a veces para ello ser meramente informado.

El art.19 de nuestra Carta Magna reconoce y protege un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del Estado y de los terceros, al que sólo se puede acceder si lo abre voluntariamente la persona involucrada... con relación a los derechos a la vida y a la salud se afirma que dichos valores poseen una superlativa importancia, tal como unánimemente lo acentúan nuestra doctrina y jurisprudencia. Su protección ha quedado consolidada a partir de la reforma constitucional introducida en el año 1994, al incorporarse el art. 42 que menciona expresamente “la protección de la salud”.

Y no cabe soslayar un párrafo de la Corte Suprema en un caso que tuvo amplia difusión nacional: “La decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional- art. 19 de la Carta Magna- y así lo establece la ley 26529 en su art. 11”.

Como regla general, el consentimiento del paciente es un prerequisite esencial de todo tratamiento o intervención médica. Por ello, luego de que el médico informe al paciente su estado, el pronóstico de su dolencia y cuál es a su juicio el tratamiento acorde a la misma, le requiere su consentimiento para practicarla.(López Mesa, 2016, p. 121).

El paciente no tiene la obligación legal de someterse a tratamientos curativos de su mal (art. 2, inc. e, ley 26529), motivo por el cual resulta esencial- como regla general y salvo las excepciones previstas legalmente- que el médico cuente con el consentimiento del paciente para brindarle una determinada terapia (cfr. arts. 6, ley 26529 y 59, última parte CCyC).

Como principio, el médico no puede efectuar ninguna intervención o tratamiento sobre el cuerpo de un paciente sin obtener el consentimiento de este (art. 6, ley 26529).

El consentimiento del paciente a un acto médico- o su negativa- es visto hoy en día como una forma de expresión de sus derechos personalísimos más valiosos. Y así se ha reconocido en diversa sentencias que el llamado “consentimiento informado” está estrechamente relacionado con el derecho de autodeterminación del paciente (López Mesa, 2016, p. 122).

El efecto de la prestación del consentimiento por parte del paciente es quitarle antijuricidad al acto médico.

El consentimiento del paciente quita antijuricidad a los daños que el médico le provocara a éste como natural y lógica derivación de la intervención practicada, siempre que ellos hayan sido debidamente informados. El consentimiento es específico para una operación o práctica determinada, no siendo válido un consentimiento genérico, para todas las intervenciones y prácticas que el estado de salud del paciente tornara menester (López Mesa, 2016, p. 123).

El consentimiento informado debe ser posterior a la información suministrada al paciente; el consentimiento a la práctica debe ser actual y tiene carácter de temporal y revocable.

Ello así, el consentimiento debe ser prestado por el paciente, “por regla general, poco tiempo antes de poner en práctica el tratamiento que entraña el riesgo e incluso antes de comenzar la premedicación. Si surgen modificaciones en el curso del tratamiento deberá otorgarse un nuevo consentimiento, volviéndose a realizar una nueva información acerca de la situación real del enfermo en ese momento” (López Mesa, 2016, p. 132).

Al momento de prestar su consentimiento el paciente debe estar lucido y consciente, en estado y capacidad para decidir y manifestar lo decidido.

El art.59 CCyC in fine ha precisado: “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud. En ausencia de todos ellos el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

“El consentimiento ha de otorgarlo una persona libre y capaz, por lo que si el enfermo se encuentra inconciente y se trata de una emergencia que no permita acudir a otros medios, el médico debe tomar la decisión que considere más conveniente para atender al enfermo aún sin su consentimiento.

El consentimiento del paciente, como todo consentimiento debe estar libre de vicios (López Mesa, 2016, p. 133).

El consentimiento informado a una práctica médica, como cualquier expresión del consentimiento, debe cumplir con los requisitos internos y externos; para que tal acto de asentimiento pueda ser considerado voluntario, los elementos internos que debe reunir, conforme al art. 260 CCyC, son el discernimiento, la intención y la libertad. Si no

contuviera en su seno estos requisitos, el acto sería involuntario (art. 261 CCyC), con los efectos propios de tal condición (López Mesa, 2016, p. 139).

El consentimiento del paciente, para ser operativo, debe manifestarse. La alegación de un consentimiento tácito del paciente en esta temática carece de incidencia legitimadora para la actuación del médico.

En caso de no tener consentimiento del paciente por escrito, será el médico quien deba probar que ha contado con el mismo, sin poder inducirse tal prueba de la mera pasividad del enfermo.

El consentimiento del paciente debe ser expreso y presentado por escrito, preferentemente. La propia definición del art. 59 CCyC de consentimiento exige por dos veces seguidas tal expresión, al indicar: “El consentimiento informado para los actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada”

La frase expresada por el paciente y la palabra “emitida” descartan todo posible consentimiento tácito. En el marco del nuevo art. 59 CCyC, el consentimiento será manifestado por el paciente o no será nada, al carecer de todo efecto un presunto consentimiento tácito (López Mesa, 2016, p. 141).

En caso de tratarse de un menor, el consentimiento deberá requerirse a sus padres. Una consideración aparte merece el régimen del consentimiento de los menores de edad, dado los términos de los últimos párrafos del art. 26 CCyC: “Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”.

“Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico”.

“A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El deber de asistencia:

Se entiende por asistencia médica la obligación que tiene el médico, desde que jura como tal, de realizar las prácticas adecuadas con el fin de curar el enfermo de la dolencia o patología que padeciera o, al menos, mantener su vida, en caso de hallarse ella en peligro.

Este deber no casualmente es el primero que enlista el art. 2 de la ley 26529, por su contracara, es decir, como derecho del paciente: “a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistidos por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente...” (López Mesa, 2016, p. 148).

Los médicos están obligados a prestar asistencia siendo su negativa antijurídica art. 19 ley 17132.

El Código de Ética de la medicina, en su art. 8, edicta: La obligación del médico en el ejercicio de su profesión, de atender un llamado se limita a los casos siguientes:

a) cuando no hay otro facultativo en la localidad en la cual ejerce la profesión o no existe servicio público.

b) cuando es otro médico quien requiere, espontáneamente, su colaboración profesional y no exista en las cercanías otro capacitado para hacerlo.

c) en los casos de suma urgencia o de peligro inmediato para la vida del enfermo.

El deber de asistencia tiene entonces dos facetas diversas: 1) el deber de asistir a los enfermos hasta que ellos puedan contar con otro profesional para su atención; 2) el deber de asistir a quienes fueran víctimas de epidemias, desastres u otras emergencias, a requisitoria de las autoridades sanitarias (López Mesa, 2016, p. 148).

Las normas deontológicas de la medicina (ley 17132, las normas provinciales que, en general, han seguido sus principales directivas y el Código de Ética, fundamentalmente) imponen al galeno la obligación de asistir a los enfermos cuando la gravedad de su estado así lo imponga y hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente (López Mesa, 2016, p. 149).

Ello así, la omisión de la asistencia debida puede generar la responsabilidad del médico en los términos de los arts. 271 o 1724 del CCyC, según su nivel de reprochabilidad, esto es, si se trata de una omisión dolosa o culposa.

Es indispensable, para que se genere la responsabilidad del médico, que exista relación de causalidad adecuada entre la omisión y el resultado dañoso sufrido por el paciente (López Mesa, 2016, p. 150).

Una de las modalidades que adquiere la falta de asistencia es la ateniende a la derivación del paciente. Cuando el médico advierte que él o el sanatorio u hospital donde labora no tiene los medios para continuar atendiendo al paciente, sin mengua de su salud o sus posibilidades de preservación o mejoría, debe sin demora derivarlo, debiendo velar por que esa derivación se cumpla en forma debida y oportuna (López Mesa, 2016, p. 153).

El deber de llevar en debida forma la historia clínica:

La ley 26529 define la historia clínica como: “el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en que conste toda la actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud”

En la historia clínica el médico debe asentar todos los datos personales del paciente, los antecedentes que éste aporta en la entrevista, la causa por la que requiere los servicios del médico, los resultados de estudios, análisis y derivaciones, el diagnóstico y el tratamiento aconsejado, la evolución del paciente, el pronóstico y demás hechos o circunstancias relevantes que se suscitaran a lo largo de un tratamiento o intervención.

Es deber del médico detallar en la historia clínica la mayor cantidad de datos ciertos así como toda referencia susceptible de medición, para facilitar la información al mismo

paciente, a su familia y a quienes por razones legales tengan facultad de informarse (López Mesa, 2016, p. 158).

Desde la sanción de la ley 26529 se cuenta con una enumeración legal de los asientos que debe contener tal documento: “Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar:

- a) La fecha de inicio de su confección;
- b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
- c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;

f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnósticos, pronósticos, procedimientos, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incs. d), e), y f) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

El art. 16 de la misma ley completa la reglamentación de los documentos que deben anexarse a dicha historia clínica, estableciendo: “Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y las prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante”.

Y los siguientes artículos contemplan las características que deben tener una historia clínica correctamente llevada:

a) Art. 17: Unicidad.

b) Art. 18: Inviolabilidad.

c) Art. 19: Legitimación (López Mesa, 2016, p. 160).

La historia clínica es un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, pues su valor probatorio se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos conforme estándares- como adecuados, exhaustivos, inadecuados, insuficientes- y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente (López Mesa, 2016, p. 163).

El deber de actuación diligente (La lex artis y su incidencia en materia médica):

El médico tiene el deber de actuar diligentemente en la atención del enfermo. Si no actuara diligentemente, sea por desidia, torpeza, tardanza, inexperiencia, etc., su actuación podría comprometer su responsabilidad a título de negligencia.

El médico debe respetar la lex artis en su práctica médica, incluso poniéndola por encima de los deseos y predilecciones de sus clientes.

La expresión lex artis- literalmente, “ley del arte”, aunque mejor conocida como regla del arte- es la pauta de actuación a la que debe ajustar su conducta todo profesional de cualquier rama.

La lex artis es el conjunto de experiencias y conocimientos adquiridos por una determinada ciencia en un momento dado. La lex artis no es eterna ni inmutable, sino temporal y cambiante; La praxis médica debe juzgarse a la luz de las exigencias, datos, posibilidades del paciente y conocimientos existentes al momento de realizarse ella.

La lex artis constituye una suerte de protocolo de lo que un galeno consciente, atento, actualizado, debería hacer en un caso dado, a la luz de la sintomatología, características y circunstancias del cuadro que se presenta, para ser considerado un buen profesional, una persona prudente término medio y no un aventurero o un experimentador con la salud de otro (López Mesa, 2016, p. 167).

El objeto de la lex artis es fijar o establecer el estándar de la práctica profesional normal u ortodoxa para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar.

La regla es que la praxis profesional se juzga con la normativa, los conocimientos adquiridos, la lex artis, las posibilidades concretas del paciente y del médico y las exigencias del momento en que fue practicada (López Mesa, 2016, p. 168).

La lex artis tiene una segunda función, menos tenida en consideración: la fijación de los límites y contornos de la obligación de cuidado, a cargo del profesional, cuya infracción puede comprometer su responsabilidad, incluso penalmente (López Mesa, 2016, p. 169).

La lex artis es un resguardo contra la falta de resultados.

La mala praxis se calificará, entonces, como un apartamiento o ruptura de “las reglas del arte”, un corrimiento de la senda del buen hacer, una desviación del acto médico prudencial; pero además se requiere para configurarla que dicha desviación vaya acompañada de malos resultados, pues sin ellos, nada habría que reprocharle al profesional (López Mesa, 2016, p. 170).

El deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente:

El médico tiene el deber de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente, siempre y cuando éste no haya manifestado otra voluntad contraria.

Desde que realiza el juramento hipocrático, el deber de preservación de la vida y la salud del paciente es uno de los deberes más señalados y trascendentes de su carrera

La obligación de los médicos de preservar la salud de cualquier persona en cualquier circunstancia no solamente reconoce fundamentos éticos, sino también jurídicos de carácter penal, que sanciona el abandono de persona y todo tipo de complicidad o instigación al suicidio.

Este deber de preservar la vida del paciente se aplica también al paciente terminal (López Mesa, 2016, p. 171).

Pero claramente, no se puede sostener un cumplimiento a ultranza de este deber, incluso contra la propia voluntad del enfermo o sus familiares, que piden terminar con el calvario de este.

Progresivamente se ha pasado a una nueva medicina que respeta el principio de autonomía del paciente, esto es, que no induce, quiebra ni vulnera la voluntad de los enfermos de someterse o no a determinado tratamiento.

El principio de beneficencia que regía la medicina tradicional ha cedido su anterior primacía indiscutida al principio de autonomía. Cuando el paciente manifiesta su negativa a un tratamiento, allí se retrae el principio de beneficencia, que resulta en nuestros días de menor registro que el derecho de autonomía del paciente.

Por así decirlo, “se ha consolidado definitivamente la evolución de la concepción del paciente como sujeto pasivo de la relación médica, a la del paciente como titular de derechos” (López Mesa, 2016, p. 172).

El art.2, inc. e), de la ley 26529 establece: “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su salud (López Mesa, 2016, p. 175).

Ésta es la línea que va ganando terreno y parece correcta que así sea. Es así que el deber del médico de mantener la vida del paciente encuentra su límite en la decisión de éste de no aceptar tratamientos que mantengan o prolonguen artificialmente su vida.

El médico no tiene un deber de mantenimiento de la vida que pueda ejercer contra el paciente, sino a favor de éste y su voluntad libre en pro del mantenimiento de su vida y del tratamiento que permita ello (López Mesa, 2016, p. 177).

El deber de abstenerse de asegurar un resultado:

El art. 20 de la ley 17132 establece en esta materia que: “queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:

- 1) Anunciar o prometer la curación fijando plazo;
- 2) Anunciar o prometer la conservación de la salud;
- 3) Prometer el alivio o la curación por medio de procedimientos secretos o misteriosos;
- 4) Anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles”

En paralelo con esta norma, el art. 208 del Código Penal reprime con prisión de quince días a un año a aquel que “con título o autorización de un arte de curar anunciare o prometier la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles”.

Surge de estas normas que el médico tiene prohibido asegurar resultados curativos, so pena de ser pasible de penas disciplinarias y penales por charlatanismo.

En las prácticas de medicina voluntaria, es decir, en las que no existe necesidad terapéutica, el medico puede garantizar resultados a sus pacientes (López Mesa, 2016, p. 178).

El deber de reducir los riesgos a que se somete al enfermo:

Uno de los deberes del médico-y de primera importancia- es el de reducir los riesgos a que expone al paciente, que va de la mano con la obligación de indicarle al cliente a qué riesgos se lo expone; si éste asume voluntariamente los riesgos luego de ser informado, el profesional queda liberado de compromiso. Pero si el profesional no informó al cliente los riesgos a que se exponía con la solución adoptada, o si el profesional eligió la opción por el

cliente y lo hizo del modo más riesgoso, en sustitución de las otras posibilidades de acción más conservadoras o prudentes, la responsabilidad del experto se impone.

El principio es simple: quien acepta un riesgo extraordinario, si otro curso de acción más prudente hubiera sido posible, debe cargar con las consecuencias de esta elección. Y, si el médico toma riesgos no imprescindibles o no justificados por su paciente, es justo y razonable que sea él quien cargue con éstos (López Mesa, 2016, p. 180).

El deber efectuar derivación y/o interconsulta:

La complejidad de la medicina actual y el deber de desarrollo de sus especialidades tornan imposible que un profesional conozca en profundidad el estado de los conocimientos galénicos de diversas especialidades (López Mesa, 2016, p. 184).

De tal modo, ante la necesidad de dar al paciente la mejor atención posible, poniendo el máximo de diligencia en su caso, se exige al profesional que en casos complejos requiera una segunda opinión profesional, realizando una interconsulta.

El art. 11 de Código de Ética de la medicina establece: “la cronicidad o incurabilidad no constituyen un motivo para que el médico prive de asistencia al enfermo. En los casos difíciles o prolongados; es conveniente y aun necesario, provocar consultas o juntas con otros colegas, en beneficio de la salud y la moral del enfermo.”

Y el art. 2, inc.g) de la ley 26529 estatuye: “Interconsulta médica. El paciente tiene derecho a recibir información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico pronóstico o tratamiento relacionado con su estado de salud.

Lo propio ocurre respecto de las derivaciones. Cuando un hospital no cuenta con la aparatología, la complejidad o las posibilidades de tratar determinada afección o dolencia del enfermo, debe derivar al mismo a otro centro. Y debe hacerlo con la presteza que su estado de salud y las circunstancias ameriten.

De no derivar al paciente, ante la imposibilidad de tratarlo adecuadamente y de no hacerlo rápido, se tornaría responsable el médico tratante y el hospital donde actúa por falta de derivación oportuna del enfermo (López Mesa, 2016, p. 185).

3. Fundamento de la responsabilidad civil del médico:

La responsabilidad civil médica es una subespecie de la responsabilidad profesional, y ésta es una especie de la responsabilidad civil.

La responsabilidad profesional es aquella en que incurre quien ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; esta responsabilidad requiere, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

La responsabilidad médica constituye una parte de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general.

Como especie de un género, debe reunir, al menos, los atributos o requisitos de ese género, con lo que no cabe predicar respecto de la responsabilidad médica nada que contradiga abiertamente la ortodoxia de la responsabilidad civil general.

De tal modo, la culpa médica no se diferencia de la noción de culpa lata o general y se regula por los mismos principios que enuncia el art. 1724 CCyC, que define un concepto unitario de culpa; ello así, aunque esta noción, en el caso de los profesionales, se complete con las precisiones que contiene el art. 1725, en sus dos párrafos, que establece dos supuestos de afinación o de mayor exigencia de diligencia, en el caso de personas formadas en el primer caso y de confianza, en el segundo (López Mesa, 2016, p. 283).

De tal modo, la culpa médica carece de autonomía y gira en la órbita de los arts. 1724 y 1725 CCyC.

Es decir que no existe propiamente una “culpa médica”, sino que la culpa médica consiste, como cualquier otra, en la omisión de las diligencias exigidas por la naturaleza de las personas, del tiempo y del lugar, aunque el médico debe obrar con mayor cuidado y previsión que otras personas, dado que es mayor su deber de actuar con prudencia y

conocimiento de la materia en que presta sus servicios, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1725 CCyC.

La llamada “culpa médica” no implica otra cosa de la aplicación de los principios de la culpa general en la actividad galénica (López Mesa, 2016, p. 284).

4. Presupuestos de la responsabilidad civil médica:

La responsabilidad médica constituye una parte de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general.

Como especie de un género, debe reunir, al menos, los atributos o requisitos de ese género, con lo que no cabe predicar respecto de la responsabilidad médica nada que contradiga abiertamente la ortodoxia de la responsabilidad civil general.

El CCyC ha receptado explícitamente los cuatro presupuestos clásicos de la responsabilidad, en diversas normas. A tenor del ordenamiento vigente, son presupuestos de la responsabilidad civil los siguientes:

a) El daño (art. 1716 CCyC). Ello, pues la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado.

b) La antijuridicidad: cualquier acción u omisión que causa un daño a otros es antijurídica si no está justificada (art. 1717 CCyC).

c) Los factores de atribución: la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos (art. 1721 CCyC).

e) La relación de causalidad: son reparable las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726 CCyC) (López Mesa, 2016, p. 286).

Concretamente, para que se vea comprometida la responsabilidad civil del galeno-o de cualquier persona-han de reunirse cuatro presupuestos: el daño causado, la antijuridicidad, el factor de atribución y la relación de causalidad (López Mesa, 2016, p. 286).

A) El daño causado en la reponsabilidad médica:

“El daño es uno de los presupuestos necesarios para poner en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil. Es más podemos decir que se trata del presupuesto matriz, porque en función de él están preordenados los demás requisitos o presupuestos de aquélla. No en vano la consecuencia que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil es el nacimiento, a cargo del sujeto responsable, de la obligación de reparar el daño causado de modo tal que, en ausencia del daño, ninguna obligación nace porque nada hay que reparar”.

Sin duda el daño es el presupuesto central de la reponsabilidad civil, puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria; sin que exista perjuicio no hay responsabilidad civil (López Mesa, 2016, p. 289).

Esta prevalencia del daño es no solo conceptual sino también legal: el art. 1716 del CCyC establece: “La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado conforme las disposiciones de este código”.

El art. 1737 CCyC ofrece el siguiente concepto de daño: “hay daño cuando se lesiona un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva”.

Es así que el problema de la responsabilidad civil recién puede plantearse cuando existe un daño, ya que sólo en presencia de éste el jurista estará en condiciones de indagar si el mismo fue provocado (relación causal) infringiéndose un deber jurídico (antijuridicidad) y culpablemente (imputabilidad) (López Mesa, 2016, p. 290).

Recuérdese que sólo los daños que se hallan relacionados causalmente en forma adecuada con la actuación del dañador son imputables a éste e indemnizables.

Solo la culpa del profesional a partir de una acción contraria a las reglas consagradas por la práctica médica, de acuerdo al estado de los conocimientos al tiempo de cumplida la prestación (lex artis ad hoc) y su directa relación de causalidad con el daño sufrido por el paciente, puede fundar una condena por responsabilidad civil.

El mecanismo ordinario de la declaración de responsabilidad supone tanto que se produzca un daño y pueda probarse una relación adecuada de causalidad entre el mismo y el obrar con culpa del profesional. De acreditarse esa circunstancia, cabrá entonces una reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que el ilícito ha provocado en el paciente, o, de haberse producido su fallecimiento, en los herederos legitimados (López Mesa, 2016, p. 310).

B) La antijuridicidad de la actuación médica:

Una actuación antijurídica es aquella que- infringiendo un deber legal u obligación contractual- causa un daño a otro, sin que medie una causa de justificación de ese daño.

Bien se ha dicho que la antijuridicidad es “un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico”

La antijuridicidad es material y se consume o configura cuando se da el choque o colisión entre una conducta o acción específica de una persona con el ordenamiento jurídico considerado en forma integral u homogénea y no por normas aisladas.

Agudamente se ha precisado que la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico (López Mesa, 2016, p. 321).

La antijuridicidad es un elemento material u objetivo imprescindible para que nazca la responsabilidad civil y consiste en la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad; se trata de una conducta que infringe o viola deberes impuestos en una norma o regla de derecho, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico (López Mesa, 2016, p. 322).

La antijuridicidad del proceder galénico puede derivarse de su contradicción con los términos del contrato de asistencia médica celebrado entre el médico y el paciente; o del incumplimiento del deber jurídico genérico, implícito en nuestro ordenamiento, de no dañar a otros (López Mesa, 2016, p. 323).

Cuando de responsabilidad contractual se trata, la antijuridicidad de la actuación galénica resulta del incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por el profesional frente a su cliente- sea a través de un contrato firmado o asumiendo una obligación contractual fáctica (art. 971 CCyC).

En cambio, si se trata de una responsabilidad extracontractual, la antijuridicidad surge de la violación a la ley en sentido material, y en particular de las normas de los arts. 26, 51 a 60 del CCyC, y de las normas de la ley 26529.

En materia de responsabilidad médica, el examen de la antijuridicidad ha de principiar por la normatividad vigente o general.

Pero, sin perjuicio de lo que antecede, en esta materia ella puede producirse también por infracción a las específicas normas relativas al ejercicio de la profesión de que se trate (ley 17132 y normas provinciales de ejercicio de las profesiones del arte de curar)(López Mesa, 2016, p. 324).

Es así que “a la par del deber genérico de no dañar que como principio general subyace en el ordenamiento jurídico, las normas éticas intervendrían como fuente de los deberes específicos exigibles a los profesionales en el desarrollo de su actividad....estos códigos imponen en muchos casos obligaciones específicas, las que como tales vienen a integrar el contrato celebrado entre el profesional y el paciente. Por ello la violación de estos deberes-obligaciones importa la presencia de una antijuridicidad formal que a su vez permite presumir- o tener por probada fehacientemente- la culpa profesional (López Mesa, 2016, p. 324).

En cuanto al CCyC y su regulación de la antijuridicidad, puede decirse que el nuevo ordenamiento mantuvo explícitamente a la antijuridicidad como presupuesto de la

responsabilidad civil en los arts. 1716, 1717 y 1749 del nuevo Código (López Mesa, 2016, p. 327).

C) Factores de atribución aplicables a la responsabilidad médica:

La responsabilidad civil de los médicos deriva normalmente de la mala ejecución de hechos personales suyos, antes que del uso de aparatos o sustancias; en tal situación los factores corrientes de atribución de responsabilidad a galenos será de esencia subjetiva.

Será necesario entonces para que se configure un supuesto de responsabilidad que quien con su actuación causó materialmente el daño, pueda además ser tenido como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo, culpa o negligencia.

Si no existiera culpa o dolo del profesional, no podría imputarse al médico responsabilidad, salvo que se diera algunos de los casos excepcionales de responsabilidad de índole objetiva, como sería el caso del vicio de la cosa, en el supuesto de que el médico se valiese de algún aparato o sustancia viciosa que causare daños al enfermo.

El subjetivismo del factor de atribución de la responsabilidad médica viene dado por el art. 1768 CCyC, el que estatuye: “La actividad del profesional liberal esta 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 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 art. 1757 CCyC”(López Mesa, 2016, p. 329).

Así, de ordinario, la responsabilidad del médico será de naturaleza subjetiva, no objetiva, hallándose enmarcada en el concepto clásico de culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible al caso.

Pero este régimen de base subjetivista reconoce una excepción en que la actividad médica puede engendrar un supuesto de responsabilidad objetiva: cuando el médico emplee cosas en el acto terapéutico o quirúrgico y el vicio de esas cosas causen un daño al paciente.

Así, sólo el vicio-y no el riesgo- de la cosa objetivizan el acto médico (López Mesa, 2016, p. 330).

La imputabilidad por dolo: “El dolo implica en general una conducta antijurídica consciente y querida”. En el CCyC argentino el dolo asume tres formas diferentes: dolo vicio; dolo delictual y dolo obligacional.

Pero en todos los tipos de dolo existe un elemento unificador: la conciencia del perjuicio, que en los dos primeros tipos será buscado y causado a designio, y en el dolo obligacional se estará en presencia de una indiferencia hacia ese perjuicio.

Como sea, en cualquiera de sus clases, el dolo consiste siempre en la violación deliberada, consciente, intencional, de un deber jurídico; lo demás son modalidades de su configuración. Cualquiera de los tres tipos de dolo puede hallarse presente en la responsabilidad médica (López Mesa, 2016, p. 331).

La culpa del médico: El concepto de culpa supone la existencia de un obrar desatento, sin cuidado, imprudente, pero sin propósito deliberado de lesionar o defraudar.

La culpa se configura cuando el agente no toma las medidas para evitar el daño que aparecía como previsible. Una conducta puede ser calificada de culposa cuando el agente a realizado un comportamiento objetivamente menos diligente que aquel que le exige el derecho (López Mesa, 2016, p. 333).

La culpa consiste invariablemente en una omisión: la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias de tiempo, lugar y personas (art. 1724 CCyC)

La culpa implica siempre un defecto de conducta, un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias; consiste o en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos necesarios para evitarlo.

En la culpa no existe el propósito deliberado de incumplir o de dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto. No se persigue causar un daño, ni existe indiferencia ante el resultado, como ocurre en el dolo (López Mesa, 2016, p. 334).

El CCyC en su art. 1724, define a la culpa como “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.

Estas tres últimas son manifestaciones de la culpa. En el derecho argentino, la culpa siempre consiste en una omisión: la omisión de la conducta diligente exigible, según las circunstancias del caso (art. 1724 CCyC) y las características del agente (art. 1725 CCyC).

La culpa se manifiesta como negligencia cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no hace lo que debía o hace menos; la negligencia consiste, entonces, en una conducta omisiva, antijurídica, por contradecir las normas que imponían determinada conducta proactiva, esto es, una actuación atenta, dispuesta y avisada (López Mesa, 2016, p. 337).

La culpa se caracteriza por cuatro notas esenciales o requisitos típicos:

- 1) Ausencia de intención nociva o maléfica.
- 2) Omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prevenir o evitar un daño a otro.
- 3) Imputabilidad de la actuación.
- 4) Previsibilidad del resultado (López Mesa, 2016, p. 338).

El médico debe actuar teniendo en mira sólo los eventos previsibles y más probables, pues, de otro modo, quedaría paralizado en cada caso ante un farrago de posibilidades remotas, frente a las cuales toda previsión es insuficiente.

La culpa del médico consiste entonces en la falta de previsión de dichos eventos previsibles y probables; como se declaró en un caso, la responsabilidad del médico sólo

puede surgir de la adecuada valoración del reproche de la conducta profesional en orden a la previsibilidad de las consecuencias (López Mesa, 2016, p. 341).

Aplicación de los factores objetivos de atribución a la actuación galénica:

Además de los factores de atribución anteriormente vistos, existen casos-más bien excepcionales- en los que la responsabilidad médica no queda comprometida por la actuación personal del facultativo, sino por la aplicación de factores objetivos de atribución de responsabilidad al médico.

Remarcando que se trata de supuestos excepcionales, diremos a modo de ejemplo que los cuatro casos arquetípicos de responsabilidad médica objetiva que existen en la actualidad son:

- a) El de asunción de obligaciones de resultado por el médico (art. 774, inc. c, CCyC)
- b) El de la responsabilidad por el empleo de cosas viciosas en el acto médico.
- c) La responsabilidad solidaria de los miembros de un equipo médico, por los daños causados por un miembro no identificado de él.
- e) La responsabilidad del jefe de un equipo médico (art.1753 CCyC) (López Mesa, 2016, p. 385).

D) La relación de causalidad entre el acto médico y el daño causado:

La relación de causalidad o nexo causal es la base de la responsabilidad civil.

Si no se puede trazar un nexo adecuado de causalidad entre la conducta del responsable o la intervención de una cosa suya-que se halle dentro de su esfera de garantía- y el daño acreditado, no queda más que la resignación cristiana de la víctima, pues ella no puede obtener resarcimiento de quien no se encuentra unido al daño por un nexo de causalidad que cumpla las exigencias legales del sistema adoptado por el legislador.

La existencia de relación causal adecuada entre el hecho (u omisión del demandado) y el daño causado es requisito imprescindible o insoslayable de la responsabilidad civil. Es uno de los “pilares” de la responsabilidad civil (López Mesa, 2016, p. 423).

El nexo causal-en el ámbito jurídico- es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño; constituye un factor aglutinante que hace que el daño y la culpa, o en su caso el riesgo, se integren en la unidad del acto que es fuente de la obligación de indemnizar. Es un elemento objetivo porque alude a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o la cosa.

La relación causal consiste en el vínculo objetivo entre dos fenómenos, uno de los cuales (la causa) engendra otro (el efecto) bajo determinadas condiciones.

La objetividad, exterioridad y materialidad del nexo causal permitieron distinguirlo sin esfuerzo de otros presupuestos como el dolo o la culpa, factores de atribución de naturaleza subjetiva, que se aprecian según otras pautas y de diferentes maneras que el nexo causal (López Mesa, 2016, p. 425).

El análisis en la causalidad es enteramente objetivo; el nexo de causalidad se establece según un análisis neutro, ajeno a toda valoración acerca de la justicia o injusticia de la situación generadora; es un juicio que debe realizar el juez en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto, por lo que no se computa en él la mayor, menor formación o conocimiento del agente, ni sus conocimientos especiales.

La relación causal debe ser: cierta; directa; probada y no interrumpida o fracturada (López Mesa, 2016, p. 428).

Para que una persona pueda ser tenida como civilmente responsable por un hecho ilícito dañoso, resulta imprescindible que el daño pueda ser objetivamente atribuido a la acción u omisión de un hombre o al hecho de la cosa.

Como principio, no son causas de un daño más que aquellos hechos que han sido necesarios para su producción; se trata de la exigencia de que el hecho del presunto

responsable haya sido condición sine qua non del daño. Y de entre ellos, deberá determinarse concretamente cuál ha sido la causa del daño (López Mesa, 2016, p. 433).

El vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado u ocasionado por aquel. Para establecer la causa del daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito, o sea que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (López Mesa, 2016, p. 438).

El art. 1726 CCyC establece respecto de la relación causal, que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles.

El art. 1727 CCyC establece los tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código “consecuencias inmediatas”. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman “consecuencias mediatas”. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias Casuales”

De tal modo, se adopta expresamente la teoría de la causalidad adecuada.

La causa es adecuada cuando se presenta como probable, regular y razonablemente previsible, según el curso ordinario de las cosas, juzgándose la adecuación de la consecuencia a la causa en orden a su previsibilidad en abstracto (López Mesa, 2016, p. 471).

Para la procedencia de un reclamo dirigido contra médicos, debe estar suficientemente acreditada la existencia de la relación causal adecuada entre la intervención profesional del médico demandado y el daño sufrido por el paciente (López Mesa, 2016, p. 461).

Capítulo 4.

Carácter de la responsabilidad civil del médico.

Sumario: 1. Responsabilidad contractual o extracontractual. 2. Obligación de medio o resultado. 3. Responsabilidad objetiva o subjetiva.

1. Responsabilidad contractual o extracontractual.

El régimen instituido en el Código Civil de Vélez Sarsfield establecía una dualidad de regímenes de la responsabilidad por el daño causado, según hubiera o no un vínculo previo de naturaleza contractual entre la víctima y el responsable del daño.

Ello dio lugar a la clásica bipartición entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual (Otaola, 2016, p. 55).

Tal dualidad implicaba ciertas diferencias entre ambos supuestos, algunas de las cuales perdieron trascendencia con el devenir del tiempo y la evolución de las interpretaciones dogmáticas. A grandes rasgos puede decirse que las diferencias importantes que subsistieron hasta la entrada en vigencia del CCyC en el orden práctico fueron dos a) el plazo de la prescripción aplicable; y b) la extensión del resarcimiento.

Con respecto a la primera de ellas, el CC establecía distintos plazos de prescripción de la acción por daños y perjuicios, según la fuente de la obligación a reparar. Por ende, las víctimas de una transgresión del deber genérico de no dañar a otros contaban con un plazo menor (2 años) para iniciar la acción judicial pertinente; mientras que en el ámbito contractual el actor contaba con un plazo mayor, de diez años.

Con respecto a la extensión del resarcimiento, el CC siguiendo la tradición dualista, estableció un régimen de imputación de consecuencias en el ámbito extracontractual más favorable para la víctima, que el establecido para las víctimas de incumplimientos contractuales (Otaola, 2016, p. 56).

El art. 1716 del CCyC establece que la violación del deber de no dañar a otro (responsabilidad extracontractual) o el incumplimiento de una obligación (responsabilidad contractual) da lugar a la reparación del daño, conforme a las disposiciones del Código.

Con la nueva normativa, la prescripción es común de tres años, y las consecuencias indemnizables son las mismas.

El CCyC, con una visión sistemática y simplificadora establece un plazo genérico de prescripción de cinco años, excepto regímenes especiales.

Por lo tanto, cualquier acción derivada de la normativa civil y comercial prescribe en dicho plazo, a menos que el mismo CCyC o la legislación local establezca un plazo diferente: “art.2560.- Plazo genérico: El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

No obstante, el legislador ha considerado necesario sustraer a las acciones derivadas de la responsabilidad civil de dicho plazo genérico, estableciendo un plazo menor de tres años: “art.2561.- Plazos especiales. El reclamo del resarcimiento de daños por agresiones sexuales inflijidas a personas incapaces prescribe a los diez años. El cómputo del plazo de prescripción comienza a partir del cese de la incapacidad. **El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años.** Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles” (Otaola, 2016, p. 59).

Vigente el nuevo CCyC, ya no tiene sentido, al menos no en materia de responsabilidad médica, indagar acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de esta responsabilidad.

Es que, a diferencia de otros supuestos contractuales que tienen regulaciones por separado en el nuevo ordenamiento, en esta temática el supuesto está captado por el sistema de responsabilidad civil, siendo normado por el art. 1768 CCyC, que empalma con el art. 774 del mismo.

Por ende, cualquiera sea el caso de responsabilidad médica el mismo va a recibir idéntico tratamiento, no siendo pertinente a esta altura distinguir, en este tópico puntual, si corresponde a responsabilidad contractual o extracontractual (López Mesa, 2016, p. 70).

Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los daños provocados con motivo o en ocasión de un acto médico, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno.

Esto así, pues normalmente el médico no atiende espontáneamente a un paciente desmayado en la calle; ésta es una situación excepcional. Lo corriente es que entre médico y paciente se celebre, formal o informalmente y muchas veces en forma verbal, un contrato de asistencia médica (López Mesa, 2016, p. 71).

2. Obligación de medio o resultado.

Las obligaciones del médico son en su mayoría obligaciones de hacer. Hay alguna de ellas que es de no hacer, como la de guardar secreto profesional. Pero el resto de los deberes y obligaciones galénicas constituyen obligaciones de hacer (López Mesa, 2016, p. 221).

Ahora bien ¿obligaciones de hacer de que tipo, de medio o resultado?

La “obligación de medios” es aquella en la que el deudor se obliga a emprender o realizar una actividad, sin garantizar un resultado.

Obligación de medios son aquellas en las que el deudor se libera haciendo lo humanamente posible, ya que no asegura un efecto determinado, sino tan sólo se compromete a poner en práctica la conducta que ordinariamente conduce a un determinado resultado, pero que bien puede no producirlo.

Existe una de estas obligaciones, cuando el deber de prestación consiste en la realización por el deudor de cierta actividad en si misma considerada.

El deudor está obligado tan sólo a actuar con diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado esperado. El acreedor, para demostrar que la obligación no se ha cumplido, debe probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y diligencia a las que está obligado.

“En las obligaciones de medios, también llamadas de prudencia o de diligencia, el deudor se compromete a realizar una conducta diligente, orientada a la obtención de un resultado, esperado y querido por el acreedor, pero no asegurado” (López Mesa, 2016, p. 222).

En las obligaciones de medios, el incumplimiento o inejecución se caracteriza por cierto desvío de conducta o la omisión de ciertas precauciones exigibles (López Mesa, 2016, p. 223).

El grueso de las obligaciones del médico son obligaciones de medios, liberándose éste con el aporte de su ciencia y poniendo todos los medios a su alcance para la curación del paciente, aun cuando ésta no se produzca por factores ajenos a su voluntad o ciencia

El médico no puede ser responsabilizado por daños imprevistos o por cursos causales imprevisibles. En materia de responsabilidad civil médica, como en cualquier supuesto de responsabilidad civil, donde no existe previsibilidad del resultado no puede existir ni culpa ni dolo y por ende, tampoco responsabilidad de índole subjetiva (López Mesa, 2016, p. 224).

En las obligaciones de medios, el factor de atribución de responsabilidad es subjetivo, mientras que en las de resultado es objetivo.

A diferencia de ellas en las “obligaciones de resultado” o de fines se compromete concretamente la obtención de un resultado determinado equivaliendo obtener ese resultado y sólo ése a cumplir la prestación, la que debe tenerse por no cumplida en caso contrario, aun con la mejor diligencia empleada por el deudor.

Estamos en presencia de una de estas obligaciones, cuando el deber de prestación supone la necesaria consecución de un determinado efecto o consecuencia (López Mesa, 2016, p. 226).

La obligación de resultado es aquella en la que “la prestación obligada por el deudor es precisa, determinada, garantizable, es un fin en si misma y la no consecución del resultado es prueba suficiente del incumplimiento del deudor... El resultado es el objeto del negocio jurídico y se presume un resultado feliz porque de lo contrario el paciente no hubiera consentido con la contratación”.

En las obligaciones de resultado se persigue un fin preciso y determinado y no hay posibilidades de eximirse demostrando la falta de culpa. Las obligaciones de resultado dan lugar a un régimen de imputación objetiva, con la sola eximente del caso fortuito.

El deudor debe cumplir con un factum prefijado y la prestación está determinada desde su nacimiento. La prestación o bien debido consiste en la satisfacción del pleno interés del acreedor, lo que no se agota con el comportamiento o la diligencia, sino con el resultado útil (López Mesa, 2016, p. 227).

En las obligaciones de resultado el factor de atribución es objetivo. El deudor tiene un único medio de eximirse de responsabilidad probando la ruptura del nexo causal, o el desvío del mismo, o bien el hecho fortuito o fuerza mayor, o bien el hecho de un tercero por quien no deba responder (López Mesa, 2016, p. 229).

Nadia Zorzi aporta una cuota de sensatez y precisión a esta distinción específicamente en materia médica, al decir que en las obligaciones de medios “el deudor de obliga a desarrollar una determinada actividad en beneficio del acreedor, pero sin garantizar el resultado que éste espera de dicha actividad. En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga con el acreedor a obtener un resultado.

En las obligaciones de medios, mientras exista ejecución diligente del médico de las prestaciones a su cargo, no se involucra responsabilidad, siendo intrascendente la falta de obtención del resultado y, por ende, de satisfacción del cliente.

En cambio, en las obligaciones de resultado, la falta de correspondencia entre la prestación del médico y la satisfacción del cliente o paciente, compromete la responsabilidad del profesional, salvo que pueda éste probar la eficacia causal de una causa ajena (López Mesa, 2016, p. 230).

La mayoría de la doctrina, tanto argentina como extranjera, al igual que la jurisprudencia argentina y foránea, han sostenido que la obligación que asume el médico frente al paciente, como regla y en principio, constituye un deber de medios y no una obligación de resultados.

El médico no se compromete a curar, sino a intentar curar (López Mesa, 2016, p. 234).

La recepción por el CCyC de la clasificación obligacional, que las divide por su objeto en obligaciones de medios y de resultado en su art. 774, permite tener por superada la disputa sobre si esa diferenciación subsistía o no en el derecho argentino.

Este art. 774 CCyC se corresponde con su similar 1768, el que estatuye: “Profesionales liberales. 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 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 art. 1757CCyC.

Esta última norma preserva el ámbito de la responsabilidad de los profesionales de la aplicación extensiva que hace el nuevo ordenamiento de la teoría del riesgo creado, al haber convertido al art. 1757 CCyC en el eje del sistema de responsabilidad y al riesgo por el factor de atribución de responsabilidad por excelencia en el nuevo Código (López Mesa, 2016, p. 261)

Pues bien, los profesionales han quedado al margen del riesgo creado, no del vicio de la cosa, lo que es correcto, aunque por lo común responden en base a la culpa y no a factores objetivos.

Ello, excepto que hayan utilizado en su metier una cosa viciosa o comprometido un resultado concreto, supuestos en que responden objetivamente; el último en base a una asunción libre y deliberada de un deber de actuación superlativo, en el que el resultado se encuentra in obligatione, es decir, integra desde un comienzo el plan prestacional de la obligación.

Cabe destacar que la mayoría de la doctrina, tanto argentina como extranjera, al igual que la jurisprudencia nacional y foránea, ha aceptado la vigencia y utilidad de la distinción y, posicionados en ella, sostenido que la obligación que asume el médico frente al paciente, como regla, constituye un deber de medios y no una obligación de resultado (López Mesa, 2016, p. 262).

3. Responsabilidad objetiva o subjetiva.

La responsabilidad civil médica es una subespecie de la responsabilidad profesional, y ésta es una especie de la responsabilidad civil.

La responsabilidad profesional es aquella en la que incurre quien ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; esta responsabilidad requiere para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil (López Mesa, 2016, p. 283).

La responsabilidad civil de los médicos deriva normalmente de la mala ejecución de hechos personales suyos, antes que del uso de aparatos o sustancias; en tal situación los factores de atribución de responsabilidad a los galenos serán de esencia subjetiva.

Será necesario entonces para que se configure un supuesto de responsabilidad que quien con su actuación causó materialmente el daño, pueda además ser tenido como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo, culpa o negligencia.

Si no existiera culpa o dolo del profesional, no podría imputarse al médico responsabilidad, salvo que se diera alguno de los supuestos excepcionales de aplicación a éste de factores de atribución de responsabilidad de índole objetiva, como sería el caso del vicio de la cosa, en el supuesto de que el médico se valiese de algún aparato o sustancia viciosa que causare daños al enfermo.

Cabe aclarar desde un comienzo, a fin de evitar malas interpretaciones, que la responsabilidad objetiva del médico constituye un elenco clauso de supuestos de excepción, por ende no pueden extenderse a otros casos.

El subjetivismo del factor de atribución de la responsabilidad médica viene dado por el art. 1768 CCyC, el que estatuye: “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 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 art. 1757 CCyC”(López Mesa, 2016, p. 329).

Así, de ordinario, la responsabilidad del médico será de naturaleza subjetiva, no objetiva, hallándose enmarcada en el concepto clásico de culpa en el sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible al caso.

Pero este régimen de base subjetivista reconoce una excepción en que la actividad médica puede engendrar un supuesto de responsabilidad objetiva: cuando el médico emplee cosas en el acto terapéutico o quirúrgico y el vicio de esas cosas causen un daño al paciente.

Así, sólo el vicio-y no el riesgo- de la cosa objetivizan el acto médico (López Mesa, 2016, p. 330).

La imputabilidad por dolo: “El dolo implica en general una conducta antijurídica consciente y querida”. En el CCyC argentino el dolo asume tres formas diferentes: dolo vicio; dolo delictual y dolo obligacional.

Pero en todos los tipos de dolo existe un elemento unificador: la conciencia del perjuicio, que en los dos primeros tipos será buscado y causado a designio, y en el dolo obligacional se estará en presencia de una indiferencia hacia ese perjuicio.

Como sea, en cualquiera de sus clases, el dolo consiste siempre en la violación deliberada, consciente, intencional, de un deber jurídico; lo demás son modalidades de su configuración. Cualquiera de los tres tipos de dolo puede hallarse presente en la responsabilidad médica (López Mesa, 2016, p. 331).

La culpa del médico: El concepto de culpa supone la existencia de un obrar desatento, sin cuidado, imprudente, pero sin propósito deliberado de lesionar o defraudar.

La culpa se configura cuando el agente no toma las medidas para evitar el daño que aparecía como previsible. Una conducta puede ser calificada de culposa cuando el agente a realizado un comportamiento objetivamente menos diligente que aquel que le exige el derecho (López Mesa, 2016, p. 333).

La culpa consiste invariablemente en una omisión: la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias de tiempo, lugar y personas (art. 1724 CCyC)

La culpa implica siempre un defecto de conducta, un concepto de carácter normativo que se funda en que el sujeto debía hacer algo distinto de lo que hizo y le era exigible en esas circunstancias; consiste o en no prever el daño, no obstante ser previsible; o bien, en preverlo pero sin tomar los recaudos necesarios para evitarlo.

En la culpa no existe el propósito deliberado de incumplir o de dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto. No se persigue causar un daño, ni existe indiferencia ante el resultado, como ocurre en el dolo (López Mesa, 2016, p. 334).

El CCyC en su art. 1724, define a la culpa como “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.

Estas tres últimas son manifestaciones de la culpa. En el derecho argentino, la culpa siempre consiste en una omisión: la omisión de la conducta diligente exigible, según las circunstancias del caso (art. 1724 CCyC) y las características del agente (art. 1725 CCyC).

La culpa se manifiesta como negligencia cuando el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, no hace lo que debía o hace menos; la negligencia consiste, entonces, en una conducta omisiva, antijurídica, por contradecir las normas que imponían determinada conducta proactiva, esto es, una actuación atenta, dispuesta y avisada (López Mesa, 2016, p. 337).

La culpa se caracteriza por cuatro notas esenciales o requisitos típicos:

- 1) Ausencia de intención nociva o maléfica.
- 2) Omisión de la conducta debida, positiva o negativa, para prevenir o evitar un daño a otro.
- 3) Imputabilidad de la actuación.

4) Previsibilidad del resultado (López Mesa, 2016, p. 338).

El médico debe actuar teniendo en mira sólo los eventos previsible y más probables, pues, de otro modo, quedaría paralizado en cada caso ante un farrago de posibilidades remotas, frente a las cuales toda previsión es insuficiente.

La culpa del médico consiste entonces en la falta de previsión de dichos eventos previsible y probables; como se declaró en un caso, la responsabilidad del médico sólo puede surgir de la adecuada valoración del reproche de la conducta profesional en orden a la previsibilidad de las consecuencias (López Mesa, 2016, p. 341).

Aplicación de los factores objetivos de atribución a la actuación galénica:

Además de los factores de atribución anteriormente vistos, existen casos-más bien excepcionales- en los que la responsabilidad médica no queda comprometida por la actuación personal del facultativo, sino por la aplicación de factores objetivos de atribución de responsabilidad al médico.

Remarcando que se trata de supuestos excepcionales, diremos a modo de ejemplo que los cuatro casos arquetípicos de responsabilidad médica objetiva que existen en la actualidad son:

a) El de asunción de obligaciones de resultado por el médico (art. 774, inc. c, CCyC)

b) El de la responsabilidad por el empleo de cosas viciosas en el acto médico.

c) La responsabilidad solidaria de los miembros de un equipo médico, por los daños causados por un miembro no identificado de él.

e) La responsabilidad del jefe de un equipo médico (art.1753 CCyC) (López Mesa, 2016, p. 385).

Capítulo 5.

Eximentes de la responsabilidad civil del médico.

Sumario: 1. El hecho del damnificado. 2. El caso fortuito o fuerza mayor.
3. El hecho de un tercero por quien no se debe responder. 4. Prueba de las eximentes.

Eximentes de la responsabilidad civil del médico.

Hoy no existen dudas respecto de la consagración de los factores subjetivos y objetivos de atribución en un pie de igualdad, sin que resulte posible afirmar que exista una jerarquía entre ellos.

Sin embargo, el CCyC introduce una norma de cierre conforme la cual, en caso de ausencia de previsión legal, se deben aplicar las reglas de la responsabilidad por culpa. Cuando hay una laguna, es decir, no hay ninguna norma ni es posible una aplicación analógica, rige la responsabilidad por culpa.

Art. 1721 CCyC .Factores de atribución. “La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

Art. 1722 CCyC. Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando causa ajena, excepto disposición en contrario.

Art. 1724 CCyC. Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en 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.

La principal consecuencia de atribuir responsabilidad en base a uno u otro factor de imputación reside en las defensas que puede esgrimir el demandado para exonerarse de su responsabilidad:

“Las diferencias entre la imputación objetiva y subjetiva son claras: en la primera, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho del tercero, o el hecho de la víctima, o sea sólo puede invocar la ruptura del nexo causal.

En cambio, en la segunda, aun en los supuestos en los que la ley presume la culpa, el deudor, se exime mediante la demostración de su falta de culpa” (Otaola, 2016, p. 455).

Las distintas excusas que puede oponer el demandado para liberarse de la responsabilidad por el menoscabo causado a la víctima son las que conocemos con el nombre de “eximentes de la responsabilidad”. A grandes rasgos, se pueden agrupar según se trate de eximentes que operan en el ámbito de la responsabilidad subjetiva (prueba de la no culpa), y de las que se aplican en la responsabilidad objetiva (actúan sobre el nexo de causalidad).

Debe distinguirse de las eximentes de responsabilidad, las causas de justificación de la conducta del demandado. Si bien en ambos casos el resultado puede ser el mismo: la exoneración o atenuación de la responsabilidad del sindicado responsable, se trata de instituciones distintas, con un fundamento diferente.

Las reglas de la responsabilidad civil brindan a los agentes razones para actuar de conformidad con un deber que indica que no se debe causar daños a los demás, salvo que exista una causa de justificación reconocida como tal por el ordenamiento jurídico. Estas causas de justificación también responden a la justicia y son razones que permiten al agente causar daños bajo determinadas circunstancias, porque ello es acorde a la justicia en el caso concreto.

Los daños ocasionados mediante el ejercicio regular de un derecho, en estado de necesidad o legítima defensa, pueden dar lugar a una reparación, pero no en base a la justicia correctiva.

Se trata de supuestos en los cuales el agente ocasiona un daño sin que pueda atribuirse culpa alguna a su accionar, pero además, existen ciertas circunstancias que autorizan al agente a ocasionar el perjuicio (Otaola, 2016, p. 456).

Los daños causados mediante una causa de justificación se encuentran regulados en el art. 1718 del CCyC. “Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho”.

Cuando el ordenamiento jurídico atribuye responsabilidad en base a un factor subjetivo de atribución el demandado podrá exonerarse de la responsabilidad demostrando que de su parte no hubo culpa (Otaola, 2016, p. 459).

Art. 1734 CCyC. Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. “Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien las alega.

En cuanto a los factores subjetivos, se define a la culpa como 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 a producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (Otaola, 2016, p. 460).

En el CCyC se han establecido supuestos de responsabilidad según los distintos estándares de conducta exigible.

Art. 1725 CCyC. Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias.

Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de la parte.

Para valorar una conducta no se toma en cuenta la condición especial, o facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente.

Cuando es dable exigir del agente un deber de obrar con mayor prudencia y pleno conocimiento de las cosas (como sucede por ejemplo en la responsabilidad de los profesionales liberales), el agente no podrá exonerarse de la responsabilidad demostrando que ha cumplido con un estándar de conducta esperable de un hombre medio, sino que la valoración de la conducta deberá ser acorde con el mayor conocimiento y la confianza especial según las circunstancias del caso.

Los mayores casos de responsabilidad subjetiva involucran una conducta culposa, que implica un apartamiento del estándar de cuidado razonable; por lo tanto es una conducta, no un estado mental. En este sentido, la exoneración de responsabilidad

dependerá de la prueba de haber actuado de conformidad con el estándar de cuidado razonable, en cuyo caso no se tendrán en cuenta las condiciones especiales del agente, sino la adecuación al estándar objetivo (Otaola, 2016, p. 461).

1. Hecho del damnificado.

Al tratarse de una eximente que obra en el plano de la relación de causalidad, debe evaluarse en qué medida el hecho del damnificado tiene virtualidad para desvirtuar total o parcialmente la imputabilidad del daño a la conducta del sindicado responsable (Otaola, 2016, p. 462).

El CCyC introduce el concepto de hecho del damnificado que es distinto y de mayor amplitud que la culpa de la víctima. El artículo 1729 del CCyC dispone:

Art. 1729. Hecho del damnificado. La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial (Otaola, 2016, p. 463).

Resulta relevante determinar si la asunción voluntaria y consciente de la víctima, como así también su consentimiento libre e informado, constituye una eximente o causa de justificación que permita exonerar al sindicado responsable de responsabilidad, o bien atenuar su deber de resarcir el daño (Otaola, 2016, p. 466).

El art. 1719, 1º párrafo del CCyC es categórico en afirmar que la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que pueda calificarse como un hecho del damnificado:

Art. 1719. Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.

Se plantea por la tanto la cuestión acerca de cuáles son las circunstancias que han de ser determinantes para que la asunción del riesgo configure un hecho de la víctima susceptible de eximir total o parcialmente de responsabilidad al demandado.

Como primera aproximación será necesario que se trate de riesgos extraordinarios o atípicos, y que la exposición voluntaria de la víctima tenga entidad suficiente para inferir

en la causalidad del daño. No tendrá tal relevancia la exposición a riesgos genéricos u ordinarios de la vida en sociedad que todo individuo debe tolerar. Distinto es el supuesto en que la víctima asume riesgos específicos, que excede los riesgos normales, ordinarios o genericos (Otaola, 2016, p. 467).

Una situación distinta plantea el segundo párrafo del art. 1719:

Art. 1719. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación.

En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.

Finalmente debemos considerar el supuesto del consentimiento libre e informado del damnificado.

Art. 1720. Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

Como surge de la lectura de la norma, dicho consentimiento libera de responsabilidad, pero sólo en los límites del mismo consentimiento (es decir en el marco de la responsabilidad contractual), y siempre y cuando se trate de contratación en condiciones de paridad, es decir, cuando existan cláusulas abusivas el consentimiento no tendrá efecto alguno en la responsabilidad del demandado.

Otra salvedad que establece la norma la encontramos en la disponibilidad de los bienes sobre los cuales se manifiesta el consentimiento. Tratándose de bienes no disponibles, dicha manifestación de voluntad carecerá de efectos, y se aplicarán las disposiciones legales por encima de la autonomía de la voluntad (Otaola, 2016, p. 468).

2. El caso fortuito o fuerza mayor.

Caso fortuito o fuerza mayor es un suceso imprevisto, inevitable y extraordinario al sindicado responsable, que interfiere en el desenvolvimiento causal de los hechos de tal modo que desvirtúa la imputabilidad de las consecuencias dañosas al sujeto que se pretende responsabilizar. Es una circunstancia eximente que actúa sobre el nexo de causalidad y por lo tanto libera al agente cuando se atribuye responsabilidad en base a un factor subjetivo como objetivo de atribución.

El concepto de caso fortuito del CCyC resulta similar al derogado art. 514 del Código de Vélez que establecía: “caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”. El tema se encuentra actualmente regulado en el art. 1730 CCyC que parafrasea al citado artículo del CC. Sólo agrega una aclaración terminológica, dando fin a las discusiones respecto de las posibles diferencias entre el caso fortuito y la fuerza mayor. El CCyC es contundente al disponer que ambas denominaciones sean empleadas como sinónimos:

Art. 1730. Caso fortuito. Fuerza mayor. Se considera caso fortuito o fuerza mayor al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado. El caso fortuito o fuerza mayor exime de responsabilidad, excepto disposición en contrario. Este código emplea los términos “caso fortuito” y “fuerza mayor” como sinónimos (Otaola, 2016, p. 469).

El caso fortuito constituye una circunstancia extraordinaria que escapa absolutamente del control del sindicado responsable, es por ello que no resulta posible achacar algún vicio o defecto en su personalidad o modo de obrar, ya que excluye la agencia o autoría. Dicha circunstancia interfiere en el nexo de causalidad desvirtuando completamente la incidencia de la acción u omisión del demandado. Como regla general, por lo tanto, no debe responder por el menoscabo experimentado por la víctima.

Para que se configure el caso fortuito, el hecho debe reunir los siguientes caracteres:

a) Debe ser imprevisto: la producción del hecho no puede ser anticipada empleando la diligencia debida, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Cuando se trata de sucesos previsibles es factible adoptar medidas para impedir que ocurran y por ello no resulta razonable esgrimir la causal para liberarse de responsabilidad.

b) El suceso debe ser inevitable (irresistible o insuperable): no es posible impedirlo a través de esfuerzos normales y razonables;

c) Debe ser extraño al agente: el demandado no debe haber colocado ningún antecedente idóneo que haga posible que sobrevenga el suceso (Otaola, 2016, p. 470).

3. Hecho de un tercero por quien no se debe responder.

Para que el hecho de un tercero configure una circunstancia eximente de responsabilidad debe tratarse de la acción de un tercero respecto de quien el demandado no tenga la obligación de responder.

El tercero es una persona ajena o extraña al sindicado responsable. Tal “ajenidad” se refiere a la ausencia de un deber impuesto por la ley de responder por la acción u omisión del tercero que interviene en la causación del daño.

Por lo tanto no será tercero por quien no se debe responder el hijo con respecto a los padres, el pupilo con respecto al tutor o curador, el dependiente con respecto al principal, los alumnos para los propietarios de los establecimientos educativos, y en general toda persona por la cual se deba responder como consecuencia de un mandato legal, o una obligación asumida. Tal eximente se encuentra regulada en el artículo 1731 del CCyC:

Art.1731. – Hecho de un tercero. Para eximir de una responsabilidad, total o parcialmente, el hecho de un tercero por quien no se debe responder debe reunir los caracteres el caso fortuito (Otaola, 2016, p. 47).

El hecho de un tercero libera de responsabilidad al agente siempre que reúna las características del caso fortuito es decir, cuando no ha podido ser previsto o que previsto no ha podido ser evitado; ya que en caso contrario es dable exigir del sindicato responsable que adopte las medidas necesarias para evitar que la acción u omisión del tercero ocasione un daño a la víctima. El hecho del tercero por lo tanto constituye una especie del caso fortuito.

Se trata de una circunstancia eximente que incide sobre la relación de causalidad. Para que exonere de responsabilidad el hecho del tercero debe interrumpir el nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el menoscabo experimentado por la víctima.

Como bien señala De Cupis “para que pueda hablarse en sentido propio de la interrupción del nexo, la nueva causa no debe tener ningún ligamen con la ya existente. De otra manera los factores causales se insertarían en una única serie causal, lográndose, valga decir, una única cadena causal compuesta por varios anillos. Entre ellos el ligamen puede ser más o menos extenso y, por lo tanto, no puede hablarse de nexo causal interrumpido”.

Puede suceder que el hecho de tercero coadyuve en el desenvolvimiento causal de los hechos junto a la conducta del sindicato responsable, en cuyo caso actuará como concausa y el juzgador deberá valorar la incidencia causal del hecho del tercero a los fines de determinar en qué medida deberá responder el sindicato responsable. En éste caso el hecho del tercero no opera como una circunstancia eximente sino como una concausa susceptible de atenuar la responsabilidad del demandado. Será este último quien deba acreditar la incidencia de la acción del tercero en el desenvolvimiento de los hechos (Otaola, 2016, p. 475).

4. Prueba de las eximentes.

Finalmente, corresponde realizar una breve referencia a la carga de la prueba en materia de eximentes. El CCyC regula la cuestión en los artículos 1734 a 1736.

Resulta lógico que será el demandado-que pretenda exonerarse de responsabilidad- quien tenga interés en probar que se ha configurado, en el caso concreto, una eximente admitida por el ordenamiento jurídico a los fines de desvirtuar la atribución de responsabilidad que pesa sobre su persona.

Sin embargo, en algunos supuestos específicos, el juzgador debe disponer que la prueba de determinados hechos deba efectuarla la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. En este caso, el demandado alegará la eximente que considera procedente y puede resultar que el juez- mediante un análisis de las posiciones probatorias- exija al actor probar algunos aspectos que permitan determinar en el caso concreto si se ha configurado o no la circunstancia invocada por el demandado (Otaola, 2016, p. 476).

Como regla general, por lo tanto, la carga de la prueba corresponde a quien alega la eximente, salvo disposición legal en contrario:

Art. 1734. Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega.

A continuación se establece la facultad del juzgador de aplicar la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, y exigir que se prueben determinadas circunstancias, a la parte que se encuentre en mejor situación de aportar la respectiva prueba:

Art 1735. Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

Cuando el demandante se encuentra en una situación de desventaja con respecto al demandado, tal lo que sucede en la relación experto/ profano, el juez debe disponer de oficio que sea el experto quien aporte las pruebas conducentes a determinar la veracidad de los hechos objetos de la demanda, aunque tales hechos hubieran sido alegados por el actor.

Lo mismo se dispone con respecto a la prueba de la relación de causalidad, que por regla deberá ser probada por quien la alega, a menos que la ley la impute o la presuma. La prueba de la causa ajena recae sobre quien la invoca:

Art. 1736. Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca (Otaola, 2016, p. 477).

Capítulo VI.

Conclusión.

Nuestro CCyC no contiene una sola norma específica en materia de responsabilidad médica. Si es cierto que, al menos, ha mejorado la situación del Código de Vélez, puesto que el nuevo ordenamiento consagra una norma específica a la responsabilidad de los profesionales (art. 1768)(López Mesa, 2016, p. 64).

Vigente el CCyC, ya no tiene sentido, al menos no en materia de responsabilidad médica, indagar acerca de la naturaleza contractual o extracontractual de esta responsabilidad.

Es que, a diferencia de otros supuestos contractuales que tienen regulaciones por separado en el nuevo ordenamiento, en esta temática el supuesto está captado por el sistema de la responsabilidad civil, siendo normado en el art. 1768 CCyC, que empalma con el art. 774 del mismo.

Por ende, cualquiera se el caso de responsabilidad médica el mismo va a recibir idéntico tratamiento, no siendo pertinente a esta altura distinguir -reitero- en este tópico puntual, si corresponde a responsabilidad contractual o extracontractual (López Mesa, 2016, p. 70).

Dice López Mesa que...la responsabilidad civil médica es una subespecie de la responsabilidad profesional, y ésta es una especie de la responsabilidad civil.

La responsabilidad profesional es aquella en que incurre quien ejerce una profesión al faltar a los deberes especiales que ésta le impone; esta responsabilidad requiere, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil.

La responsabilidad médica constituye una parte de la responsabilidad profesional y al igual que ésta se halla sometida a los mismos principios que la responsabilidad en general.

Como especie de un género, debe reunir, al menos, los atributos o requisitos de ese género, con lo que no cabe predicar respeto de la responsabilidad médica nada que contradiga abiertamente la ortodoxia de la responsabilidad en general (López Mesa, 2016, p. 283).

Dice López Mesa...El Código Civil y Comercial ha receptado explícitamente los cuatro presupuestos clásicos de la responsabilidad, en diversas normas. A tenor del ordenamiento vigente, son presupuestos de la responsabilidad civil los siguientes:

El daño: (art. 1716 ccc). Ello pues la violación del deber de dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado.

La antijuridicidad: cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada (art.1717 CCC).

Los factores de atribución: la atribución de un daño al responsable solo puede basarse en factores objetivos o subjetivos (art. 1721 CCC).

La relación de causalidad: son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles (art. 1726CCC).

Si están reunidos estos cuatros requisitos, el juez puede condenar al médico demandado.

.
.

BIBLIOGRAFIA

Legislación

- Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994).
- Ley Nacional N° 17132.
- Ley Nacional N° 26529.
- Ley Nacional N° 26742.

Doctrina

- López Masa, M (2016) La responsabilidad civil medica. Responsabilidad de sanatorios y hospitales en el nuevo código Civil y Comercial. Derecho comparado, Montevideo- Buenos Aires, BdeF.
- Ossola, F (2016) Responsabilidad civil (1° edición) Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Pizarro, D, Vallespinos, C (2014) Compendio de derecho de daños, Buenos aires, Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J (1993) Teoría general de la responsabilidad civil (8ª edición) Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Borda, A (1995) Manual de contratos (7ª edición) Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- Otaola, M (2016) Responsabilidad civil antes y despues del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (1ª edición) Córdoba, Advocatus.
- Rueda, A (2016) Nociones básicas sobre Responsabilidad Médica (1ª edición) Buenos Aires, DyD.
- Wierzba, S (2015). La responsabilidad médica en el nuevo CC y C. *Respronsabilidad Civil y Seguros- La Ley*,17 (9), 5-25.

Jurisprudencia

- Sup. Trib. Justicia de Río Negro, 16/12/1994, “Sortera Zurro de Llorens, Margarita c/ Sanatorio Río Negro”, el Dial.com, reg. Ax103E.
- CNCiv., Sala B, 25/10/1990, “Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro”, LL, 1991-D-117
- Cám. Civ. Com. 1º Nom. Córdoba, 5/6/2014, “A., S. S. c/ Mestre Raquel A. y otros s/ordinario- daños y perj.” LLC, 2014(septiembre), 908.
- Cám. Apels. Trelew, sala A, 24/6/2010, “ Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/daños y perjuicios”
- Cám. CC Morrón, Sala 2ª, 30/3/1193, “Silva, Elvio c/ Sanatorio San José”, JA, 1998-I- sint.
- CNCiv., Sala I, 30/3/1990, “P., D.C. c/ Morrone, Roque”, LL, 1991A-142

