

## **LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDICOS**

### **INTRODUCCIÓN**

A nadie escapa que la responsabilidad civil ha cobrado un desarrollo notable en los últimos veinte años. Pues bien, dentro del Derecho de Daños en general, la responsabilidad civil de los profesionales del arte de curar en particular también se ha desarrollado de una manera inimaginable hace unas décadas atrás.

Si pasamos revista a cualquier repertorio jurisprudencia que tenga más de treinta años, difícilmente encontremos algún precedente judicial referido a la vulgarmente llamada mala praxis médica. Por el contrario, en la actualidad no existe publicación jurisprudencial en la que no encontremos algún fallo que analice la responsabilidad de los profesionales del arte de curar, en cualquier de sus especialidades.

Este aumento notable de casos de responsabilidad médica puede encontrar sus inicios cuando tomó estado público el Proyecto de Código Único de Derecho privado del año 1987 en el que como se sabe, se encontraba el art. 1625 que se refería a la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad profesional.

Tomamos como referencia esa fecha pues a partir de ahí comenzaron a tener difusión en nuestro país doctrina y jurisprudencia extranjeras que propiciaban un alivio de la carga probatoria de la culpa profesional.<sup>1</sup>

En todos estos años son muchos los cambios que se han dado, sobre todo a nivel de la doctrina y de la jurisprudencia pues desde el punto de vista normativo no hubo grandes transformaciones.

Podemos sintetizar estos cambios diciendo que se dio un verdadero juego pendular en el que se pasó de un extremo a otro para ubicarnos definitivamente en el justo medio en lo que hace a la prueba de la culpa profesional.

En un principio, la carga de la prueba de la culpa profesional estaba en cabeza del reclamante (el paciente o sus familiares) y al respecto no se admitían excepciones. A posteriori, fines de la década del 80, y por influjo de la doctrina y jurisprudencia extranjera se comenzó a aplicar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, encontrándose algunos antecedentes jurisprudenciales que lisa y llanamente invertían la carga de la prueba de la culpa, poniendo en cabeza de los profesionales la prueba de su obrar diligente como regla general.

En la actualidad se ha llegado a un punto medio según el cual la regla sigue siendo que la culpa profesional debe ser probada por quien la alega, esto es el paciente o sus herederos. No obstante ello, en situaciones excepcionales se admite la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que pone la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados hechos. Asimismo se suele recurrir a la aplicación de la prueba de presunciones que por lo general están admitidas en los códigos procesales.

---

<sup>1</sup> Sobre el tema nos hemos ocupado in extenso en “Prueba de la Culpa Médica” de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, Editorial Hammurabi, 2ª edición ampliada del año 1993.

En el sentido último, al que damos todo nuestro apoyo, puede citarse un valioso precedente de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de fecha 16 de julio de 1998 dictado en la causa “Contreras, Juan c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”.<sup>2</sup>

En el fallo citado, entre otras consideraciones se expresa: “En materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). No basta pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico para deducir sic et simpliciter el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al alterum non laedere provoque antijuridicidad, que es asunto diverso... Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar”.

Siguiendo con los grandes temas de la responsabilidad profesional médica, o si se quiere del Derecho médico, podemos decir que el desarrollo de la Bioética ha ejercido una marcada influencia en las decisiones de los tribunales. Así por ejemplo el respeto cada vez mayor a la autonomía del paciente que se ve reflejado en la necesidad de obtener el consentimiento informado de éste, ha dado lugar a condenas basadas pura y exclusivamente en problemas de consentimiento. Dada la importancia que tiene hoy en día el tema del consentimiento informado, creemos oportuno dedicarle mas adelante un punto especial.

## **RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL**

Si bien en doctrina hay acuerdo en que deben borrarse las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, no es menos cierto que de *lege data* las diferencias, aunque limitadas, aún existen.

Las más importantes sin duda alguna son las que tienen que ver con el plazo de prescripción y con la extensión del resarcimiento. En lo que hace a la prescripción vale recordar que el plazo es de 10 años si se trata de responsabilidad contractual, mientras que se reduce a dos años si estamos frente a un supuesto de responsabilidad aquiliana.

En algunas jurisdicciones pueden también plantearse cuestiones de competencia como ocurre en las ciudades de Rosario y Santa Fe en donde existen Tribunales específicos para entender en cuestiones de responsabilidad civil extracontractual.

Durante muchos años se discutió acerca de la naturaleza de la responsabilidad profesional médica, pero en la actualidad no existe divergencia en cuanto a que como regla general la responsabilidad del médico frente a su paciente es de tipo contractual.

No obstante ello, existen situaciones de excepción en las que la responsabilidad tendrá naturaleza extracontractual.

---

<sup>2</sup> El fallo fue publicado en Jurisprudencia Argentina 1999, Tomo II, página 495 y sgtes., con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra titulada “La prueba de la culpa médica: las cosas en su justo lugar”.

En síntesis, puede decirse que “es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina nacional y extranjera considerar la responsabilidad emergente de la relación médico-paciente como de naturaleza contractual, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relación”.<sup>3</sup>

Ahora bien, en determinados supuestos, la responsabilidad médica puede tener carácter extracontractual. Así por ejemplo en los siguientes supuestos:

- a- El de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando, por lógica, aquélla no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- b- Cuando se configura un delito del derecho criminal en cuyo caso es viable la opción del art. 1107 del Código Civil.
- c- Cuando el contrato celebrado entre el facultativo y el paciente es nulo.
- d- Cuando el servicio médico es prestado por el facultativo espontáneamente, sin intervención alguna de la voluntad del paciente (ejemplo del médico que auxilia a la víctima de un accidente en la vía pública).
- e- La atención del médico a un incapaz de hecho sin poder comunicarse con el respectivo representante legal.
- f- La actividad del médico desarrollada en contra de la voluntad del paciente (asistencia al suicida).
- g- Cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o administrativa.
- h- Cuando el médico actúa con la intención de causar el daño, es decir con dolo delictual, lo que configura un delito civil
- i- El caso en que el paciente fallece como consecuencia de la atención médica y quienes reclaman son sus familiares. En tal caso el reclamo debe ir por la vía extracontractual<sup>4</sup>.

### **NATURALEZA DEL CONTRATO MEDICO**

Es opinión mayoritaria la que considera que el contrato médico es un contrato multiforme o proteiforme<sup>5</sup> cuyos principales caracteres son los siguientes:

- a- Es un contrato intuitu personae, esto es: un acto de confianza para las dos partes; principalmente, desde el ángulo del paciente que elige al médico.
- b- De esa calidad de contrato intuitu personae deriva la rescindibilidad del mismo, a instancia de cualquiera de las partes.

---

<sup>3</sup> Cámara Nacional Civil, Sala G, 7 de abril de 1983; Rep. La Ley XLIII-A-I, 655, sum. 245.

<sup>4</sup> Sobre este punto en particular ver fallo de la Cám. Civil y Comercial de Rosario, Sala 2ª de fecha 23 de junio de 1993 en autos “Garay, Luis c/ Tarallo, G.” J.A., semanario del 9 de marzo de 1994.

<sup>5</sup> Ver Alberto J. BUERES “Responsabilidad Civil de los médicos” vol. 1 Edit. Hammurabi, 1992, segunda edición actualizada, corregida y ampliada, pág. 154.

- c- Con frecuencia el contrato médico es de tracto sucesivo, máxime si se tiene por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.
- d- El contrato en examen es bilateral (art. 1138 C.C.) cuando se pacta una remuneración, al engendrar para las dos partes obligaciones en situación de reciprocidad desde el momento de su celebración.
- e- Si el contrato es bilateral será a la vez oneroso (art. 1139 C.C.), desde el momento que en este aspecto hay coincidencia entre el sinalagma y la onerosidad.
- f- En el contrato existen dos obligaciones principales 1- el facultativo ha de satisfacer una prestación de salud (asistencia médica o intervención quirúrgica), y 2- el enfermo habrá de pagar los honorarios (esta obligación del paciente es de resultado).
- g- El negocio médico es civil
- h- El contrato es de forma libre o no formal.<sup>6</sup>

### **OBLIGACIONES DE MEDIOS O DE RESULTADO**

Si bien no han faltado voces que han criticado al presente distingo clasificatorio, no es menos cierto que hoy en día tiene más actualidad que nunca, sobre todo cuando se trata de juzgar la responsabilidad profesional de médicos y abogados.

Algunos autores han sostenido que se trata de un criterio clasificatorio que nació en Francia pero que hace más de cincuenta años que ha sido dejado de utilizar. Tal afirmación no resiste el análisis si se tiene en cuenta que los principales tribunales europeos en forma constante recurren a esta clasificación cuando se trata de juzgar la conducta de los médicos.

En nuestro país la jurisprudencia es constante en sostener que en el caso de los profesionales del arte de curar, la prestación comprometida es de medios.

Así por ejemplo se ha dicho que “al prestar asistencia médica a un paciente, el profesional asume una obligación de medios y no de resultados, es decir, que su obligación consiste en poner al servicio del paciente el caudal de conocimientos científicos que el título acredita y prestarle la diligente asistencia que su estado requiere”<sup>7</sup>

En algunas especialidades se ha puesto en duda la naturaleza de la prestación que asume el profesional. Así por ejemplo en materia de cirugía plástica. Se sostiene que los cirujanos plásticos asumen obligaciones de resultado pues de lo contrario el paciente no asumiría el riesgo de la intervención. Por nuestra parte creemos que en todos los casos los profesionales médicos asumen obligaciones de medios pues el riesgo propio de todo acto médico siempre está presente. Ello sin perjuicio de que en determinados casos sea más fácil probar la culpa profesional o que la extensión del consentimiento informado sea más amplia.

---

<sup>6</sup> Para una ampliación de estos caracteres ver la obra de Alberto J. BUERES antes citada, en pág. 154 y sgtes.

<sup>7</sup> Cámara Nac. Civ. y Com. Federal, Sala II, 7 de julio de 1998 “P., L c/ Estado Nacional” El Derecho, diario del 12 de febrero de 1999.

En sentido semejante al que propiciamos<sup>8</sup> la jurisprudencia tiene dicho que “Constituye un razonamiento simplista sostener, con base en que en los casos de cirugía plástica o estética la obligación del cirujano es de resultado, que cuando en estas intervenciones no se logra el éxito esperado – suprimir la fealdad del paciente o de la parte de su cuerpo que la ostentaba – esa no consecución del fin compromete, sin más la responsabilidad del cirujano...Pero ello no quiere decir, de ninguna manera, que toda operación de cirugía estética haga surgir, fatal o necesariamente, una obligación de resultado, ni que la sola no obtención del embellecimiento perseguido produzca responsabilidad objetiva del cirujano”.<sup>9</sup>

El hecho de considerar que la obligación asumida por los médicos es de medios implica necesariamente la presencia de un factor de atribución subjetivo (culpabilidad) para que quede comprometida su responsabilidad civil. Sin culpa (comprensiva de la culpa *latu sensu* y del dolo) no hay responsabilidad civil médica.

Como quedó dicho anteriormente “en materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquel (demandado). No basta pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico para deducir *sic et simpliciter* el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al *alterum non laedere* provoque antijuridicidad, que es asunto diverso”.<sup>10</sup>

## **LA CULPA MEDICA**

Durante algún tiempo se sostuvo que los médicos sólo respondían frente a una falta grave. Frente a esa postura y como reacción, otros autores comenzaron a sostener que la más mínima negligencia compromete el accionar de estos profesionales.

En la actualidad, y conforme la más calificada doctrina y jurisprudencia no se habla de una culpa profesional como algo distinto de la culpa en general. Por lo tanto, la protección del profesional ya no pasa por la exigencia de una falta grave sino por la efectiva constatación de su culpa, cualquiera sea su entidad, aunque también descartando una culpa intrascendente.

En muchas ocasiones la jurisprudencia ha sostenido que no cabe distinguir la llamada culpa profesional de la culpa común. Así por ejemplo se ha sostenido que “en lo referente a la individualización –o apreciación – de la culpa de los médicos, no es dable distinguir una culpa profesional (transgresión de las reglas de orden científico trazadas por el arte médico) de otra supuesta categoría identificada como culpa común (los actos de *soin* o de *fonctionnement* de cierta doctrina francesa). Por consiguiente, la culpa de los médicos está gobernada por las reglas generales orientadoras de la especie; el juez deberá echar mano del art.

---

<sup>8</sup> Ver de Roberto A. Vázquez Ferreyra “Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina” Edit. Hammurabi, 1992, capítulo VII dedicada a la Cirugía Plástica y a la Obstetricia.

<sup>9</sup> Cám. Nac. Civil, Sala G, 19/3/99 “S., A. C/ Acción Médica” Jurisprudencia Argentina, semanario del 27 de octubre de 1999.-

<sup>10</sup> Cámara Nacional Civil, Sala D, 16/7/98 “Contreras, J. C/ Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires” Jurisprudencia Argentina 1999-II-496.

512 del Código Civil y merituará in concreto la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar”<sup>11</sup>.

En esta línea de pensamiento, en diversos encuentros científicos, y en base a ponencias presentadas por Alberto J. Bueres, se aprobó el siguiente despacho: “La culpa profesional es la culpa común o corriente emanada, en lo esencial, del contenido de los arts. 512, 902, y 909 del Código Civil. El tipo de comparación abstracto será variable y flexible, y corresponderá al obrar de un profesional prudente y diligente de la categoría o clase a la cual pertenezca el deudor en el caso concreto”<sup>12</sup>.

En cuanto al modelo de comparación, Bueres tiene dicho que “en rigor el modelo único a concretar con arreglo a las circunstancias es el correspondiente al médico diligente, prudente, al buen profesional del ramo. Este último modelo, por fortuna, es el que adoptó la totalidad de la doctrina local en las diversas jornadas y congresos que se ocuparon del tema”<sup>13</sup>.

En definitiva, se trata de la culpa común debiendo descartarse modelos extremos que beneficien o perjudiquen a los profesionales del arte de curar.

Debe tenerse en cuenta que al profesional médico le es exigible todo el conjunto de curas y atenciones que un buen profesional debe prestar con arreglo al nivel actual de la investigación.

Con relación a esto último, en la doctrina Belga, se indica que la obligación que incumbe al médico implica su recurso a los medios que la ciencia pone a disposición en el día de la prestación o a los que un médico de determinada categoría debe normalmente conocer, habiendo resuelto la Corte de Apelación de Bruselas que si el médico tiene la obligación de estar al corriente de los nuevos tratamientos en su especialidad a través del estudio de las publicaciones científicas correspondientes, se concibe que está obligado cuando dichos tratamientos han sido debidamente experimentados y no cuando no hay unas pruebas suficientes para imponer su aplicación.

En cuanto al análisis de las conductas, diagnósticos y eventuales tratamientos o intervenciones, no pueden sino efectuarse de manera retrospectiva, es decir, valorando las conductas de conformidad a las circunstancias de tiempo y lugar.

“Bajo esta perspectiva –tal como lo destacara mi distinguida colega doctora Highton- a efectos de evaluar la situación de cada una de las responsabilidades, debe colocarse el juez en la situación de las partes en el momento en que los hechos ocurrían, pues la mirada retrospectiva de todo lo que pudo haberse hecho no ayuda a resolver la temática. Deben colocarse el abogado y el juez en el lugar y tiempo en que el médico actuó y preguntarse si éste lo hizo por uno de los caminos posibles, si fue aceptable la conducta médica en el marco de la circunstancias que rodeaban al caso en esa oportunidad concreta, etc. Pues

---

<sup>11</sup> Cámara Nacional Civil, Sala D, 28/10/82 J.A. 1983-II-677.

<sup>12</sup> Sobre la culpa profesional ver de Alberto J. BUERES “la culpa profesional” en el libro en homenaje al Dr. Luis O. Andorno “Las responsabilidades profesionales” Edit. Platense 1992, pag. 71 y sgtes.

<sup>13</sup> Alberto J. BUERES “La culpa profesional” op. Cit. Pág. 103.

es fácil el análisis es post facto, sabiendo ahora lo que tenía la paciente y la gravedad de su cuadro ante el hecho cierto de su fallecimiento”.<sup>14</sup>

## **EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA PRACTICA MEDICA**

Pese a la abundante bibliografía y a varios pronunciamientos judiciales existentes sobre el tema, los contornos del llamado consentimiento informado aún no han sido bien dibujados<sup>15</sup>.

En particular, no existe claridad respecto a los límites de la información que todo profesional debe dar al paciente, y esto complica seriamente la relación médico paciente sobre todo si se tiene en cuenta que la práctica médica más sencilla encierra siempre todo tipo de riesgos para el paciente.

La constante evolución jurídica y filosófica ha llevado a un aumento considerable de los Derechos Humanos fundamentales.

En el ámbito de las ciencias de la salud, éste desarrollo ha repercutido de varias maneras. Así por ejemplo: a) impulsando el desarrollo de las cartas de los enfermos, b) potenciando la bioética y c) poniendo en crisis el modelo tradicional paternalista.

Hoy en día, la Dignidad de la persona resulta indiscutible y es fundamento de todo el ordenamiento. Su reconocimiento es expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado esté catalogado entre los más importantes derechos humanos.

En este camino, se dilatan los llamados derechos de los pacientes y así se pasa de una medicina paternalista a una medicina en donde prima el principio de autonomía.

La exposición de motivos de la Ley Gallega reguladora del Consentimiento informado y de la Historia Clínica de los pacientes aprobada el 8 de mayo de 2.001 indica que “El cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y regida por el principio de beneficencia, para llegar a una nueva situación acorde con los tiempos, en la que el paciente o sus derechos se configuren como protagonistas”.

---

<sup>14</sup> Corresponde al voto del Dr. Posse Saguier. Cámara Nacional Civil, Sala F, 14 de junio de 2.000 “R.,G c/ M.C.B.A.” publicado en La Ley, diario del 23 de mayo de 2001 con nota de Roberto A. MENEGHINI “Pérdida de chance en la responsabilidad civil médica”.

<sup>15</sup> Antonio FRAGA MANDIAN y Manuel María LAMAS MEILAN “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)” Edit. Revista Xurídica Galega, España 1999 – Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” Edit. Ad Hoc, Bs. As. 1991 - María Patricia CASTAÑO DE RESTREPO “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica” Edit. Temis, Bogotá 1997 – Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, Madrid 1998, en especial el capítulo 2º referido al deber de información - Julio César GALÁN CORTÉS “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” Edit. Colex, Madrid 1997 - Howard BRODY “El jefe de Clínica Médica” en pág. 63 y sgtes. del libro de Florencia LUNA y Arleen SALLES “Decisiones de vida y muerte” Edit. Sudamericana, Bs. As. 1995- Alfredo J. KRAUT “Responsabilidad civil de los psiquiatras” Edit. La Rocca, Bs. As. 1998, en especial capítulos 11, 12 y 13-

Hasta hace algunos años, ni siquiera se hablaba del consentimiento informado y por lógica consecuencia, la jurisprudencia ni lo tenía en cuenta.

En esta línea –por cierto ya abandonada- podemos citar el fallo de la Cám. Nacional Especial Civil y Comercial, sala IV de fecha 11 de noviembre de 1985<sup>16</sup>. En el caso se trataba de lo siguiente: el hijo del actor, menor de 15 años, después de padecer distintos trastornos mentales por los que fue objeto de atención y cuidado en diversos institutos psiquiátricos, fue finalmente sometido a una intervención quirúrgica a cargo del médico demandado. La intervención consistió en una hipotalamotomía bilateral con cirugía estereotáxica. El padre del menor, en la demanda afirmaba que el médico no lo había informado acerca de los riesgos y peligros de esa operación.

El tribunal, analizando la ley 17.132 de ejercicio de la medicina en el orden nacional, consideró que la ley no obliga específicamente al profesional a informar al paciente acerca de los riesgos de la operación y si ello es así, no se alcanza a comprender qué tipo de responsabilidad, culpa o negligencia puede ponerse en cabeza del profesional que omite mencionar dichos riesgos. A criterio del Tribunal “la obligación de informar no es exigible al facultativo al extremo de imputarle culpa o negligencia grave en caso de omitirla”.

En el desarrollo del consentimiento informado, en un primer momento apareció la necesidad de requerir el mero asentimiento del paciente. El primer gran antecedente data en realidad de 1914 y fue dictado en la causa “Schoendorff vs/ Society of New York Hospital”. En dicho precedente judicial se sostuvo que “todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que el hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente”. En el caso se trataba de una mujer operada de un fibroma. En realidad, en el caso se hacía alusión simplemente al mero asentimiento del paciente. Como se puede ver, en este tema también encontramos el origen del concepto en el Derecho Anglosajón.<sup>17</sup>

Se ha dicho que el consentimiento informado implica una declaración de voluntad suficiente efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida a la dolencia, al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.<sup>18</sup>

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos define al consentimiento informado de la siguiente manera: “El consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente

---

<sup>16</sup> Fallo dictado en los autos “Piemonte, Agustín c/ Matera, Raúl” publicado en La Ley 1986-B-77.

<sup>17</sup> Según explican Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA en “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” de Edit. Ad-Hoc, 1991, en pág.21, “es probable que el éxito y rápido desarrollo de la doctrina en los Estados Unidos, en comparación a otros países del mundo se haya debido a razones de índole cultural y a la propia idiosincracia del pueblo norteamericano”.

<sup>18</sup> Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado” Edit. Ad-Hoc, 1991, pág. 11.



debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente”.

La Ley Gallega reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los pacientes aprobada el 8 de mayo de 2001 en su art. 3 expresa: “A los efectos de esta ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresada por el paciente, manifestada por escrito, y tras la obtención de una información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables”.

El mismo artículo destaca que “la prestación del consentimiento informado es un derecho del paciente y su obtención es un deber del médico”.

Obviamente que la exigencia del consentimiento informado supone que alguien puede negarse a ser sometido a un tratamiento médico, tal como quedó visto con anterioridad. La exigencia del consentimiento informado y la validez de la negativa del paciente a someterse a una práctica médica son cara y contracara de un mismo fenómeno.

El consentimiento informado, salvo casos específicos como el del art. 13 de la Ley 24.193 de Trasplantes de Órganos<sup>19</sup> o del art. 19 inciso 3° de la ley 17.132., no viene impuesto en forma expresa por norma jurídica de carácter general, no obstante ello, puede decirse que en la actualidad, la exigencia del consentimiento informado forma parte de la *lex artis* médica.

En la actualidad, los tribunales exigen por parte de los profesionales de la salud que cumplan con la exigencia del consentimiento informado.

En cuanto a la obtención del consentimiento informado, debe partirse de la base de la ignorancia del paciente y de ahí que el médico no debe esperar a ser interrogado por el paciente sino que la información debe fluir de él.

El médico deberá también cuidarse de manipular al paciente. Ello le resulta en principio relativamente fácil pues goza de una posición de superioridad que viene dada por sus conocimientos.

De fundamental importancia resulta registrar el consentimiento informado en algún documento escrito que el día de mañana pueda ser presentado como prueba en juicio. En este sentido resultan de fundamental importancia las anotaciones registradas en la historia clínica o ficha médica del paciente. Estas anotaciones formuladas de puño y letra tienen mucho más valor que los típicos formularios preimpresos que se hacen firmar al paciente con carácter genérico ante cualquier internación.

"En la actualidad existe una cierta psicosis en la clase médica por dejar documentado el consentimiento de todo paciente que va a ser sometido a una intervención quirúrgica, por lo que desde ciertos sectores se preconiza el uso de protocolos específicos de información y consentimiento, estimando que les protegerán, a modo de paraguas, contra futuras reclamaciones".<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> Sobre el particular ver de Fernando Alfredo SAGARNA “Los trasplantes de órganos en el Derecho”, Edit. Depalma, Bs. As. 1996 - Ricardo David RABINOVICH “Régimen de trasplantes de órganos y materiales anatómicos”, Edit. Astrea, Bs. As. 1994.

<sup>20</sup> Antonio FRAGA MANDIÁN y Manuel María LAMAS MEILÁN "El consentimiento informado..." op. Cit. Pág. 61.

En la información que se da al paciente se deben incluir tanto los riesgos como las ventajas de la práctica médica. El gran problema frente al cual se puede encontrar el médico es que si informa absolutamente todo, es muy posible que el paciente lisa y llanamente se asuste y no quiera asumir el tratamiento médico propuesto. Esto se complica si se tiene en cuenta que hasta el tratamiento médico más simple tiene sus riesgos.

Se ha señalado que la información a dar al paciente debe incluir:

- a- descripción del procedimiento propuesto, tanto de sus objetivos como de la manera en que se llevará a cabo,
- b- riesgos, molestias y efectos secundarios posibles,
- c- beneficios del procedimiento a corto, mediano y largo plazo,
- d- posibles procedimientos alternativos y sus riesgos y ventajas
- e- efectos previsibles de la no realización de ninguno de los procedimientos posibles,
- f- comunicación al paciente de la disposición del médico a ampliar toda la información si lo desea, y a resolver todas las dudas que tenga,
- g- comunicación al paciente de su libertad para reconsiderar en cualquier momento la decisión tomada, y
- h- los costes del tratamiento

La Ley Gallega de Consentimiento informado antes citada en su art. 5 se refiere a las características de la información previa al consentimiento. En este sentido dispone: “1) La información será habitualmente verbal y constará por escrito en aquellos actos diagnósticos y terapéuticos que entrañen un riesgo considerable para el paciente. 2) La información será comprensible, continuada, razonable y suficiente. 3) La información se facilitará con antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente. 4) La información será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente. 5) La información deberá incluir: identificación y descripción del procedimiento, objetivo de éste, beneficios que se esperan alcanzar, alternativas razonables a dicho procedimiento, consecuencias previsibles de su realización, consecuencias de la no realización del procedimiento, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia. Riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente”.

En un intento de clasificar los riesgos y su necesidad de ser informados, se lo ha hecho de la siguiente manera:<sup>21</sup>

- 1- Riesgos insignificantes pero de común ocurrencia: deben ser informados
- 2- Riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia: no es necesario que sean informados.
- 3- Riesgos de gravedad y común ocurrencia: deben ser detalladamente informados

---

<sup>21</sup> Ver María Patricia CASTAÑO DE RESTREPO “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica” op. cit., pág. 195 y sgtes.

4- Riesgos graves de escasa ocurrencia: deben ser informados.

En Estados Unidos se han elaborado algunos criterios para determinar el grado de información que el médico debe brindar al paciente:

- a) El criterio del médico razonable que fue usado en 1960 en la causa “Natanson c/ Kline”. Atiende a lo aceptado por la comunidad médica. Este criterio tiene un marcado tinte paternalista y responde al ejercicio de la medicina propio de la década del 60.
- b) El criterio de la persona razonable, que fue utilizado a partir de 1969 en la causa “Berkey vs/ Anderson”. Conforme esta tesis, el médico deberá revelar al paciente lo que una hipotética persona razonable desearía conocer en esas mismas circunstancias.
- c) El criterio subjetivo según el cual el Juez pregunta al paciente que riesgos y qué complicaciones desearía haber conocido.

En cuanto a las excepciones, es decir a los supuestos en los cuales el médico queda eximido de requerir el consentimiento informado, se enumeran las siguientes causas, que deben ser interpretadas en forma restrictiva:

- a) grave peligro para la salud pública
- b) situación de urgencia
- c) incompetencia del enfermo (en cuyo caso se deberá recurrir a un familiar cercano)
- d) privilegio terapéutico
- e) imperativo legal
- f) rechazo expreso de toda información por parte del paciente en forma voluntaria.

En cuanto al privilegio terapéutico, fue introducido por la jurisprudencia de Estados Unidos en 1972 en la causa “Canterbury vs./ Spence”.

En dicha causa se estableció el criterio según el cual: “El médico tiene un privilegio terapéutico que le capacita para ocultarle información al paciente respecto a los riesgos del procedimiento al que va a ser sometido en el caso que fuera evidente que un reconocimiento médico por un profesional juicioso demostrara que tal revelación supondría una grave amenaza para la integridad psicológica del paciente”.

De recurrir el profesional al privilegio terapéutico, es aconsejable que se deje constancia fundada de ello en la historia clínica del paciente y se brinde la información del caso a los familiares.

Así como en las urgencias, el consentimiento informado se diluye e incluso puede llegar a desaparecer; se hace más necesario en las cirugías programadas, y más aún cuando se trata de procedimientos médicos o intervenciones quirúrgicas que pueden ser postergadas o canceladas, como es el caso de algunas cirugías estéticas. “La doctrina penal considera que el grado de

precisión con el que debe ser informado el paciente ha de estar en relación inversa a la urgencia con la que la intervención ha sido médicamente indicada”<sup>22</sup>

La Corte de Apelación de Rouen, en sentencia del 17 de marzo de 1993 condenó a un cirujano estético que facilitó una información insuficiente sobre los riesgos y secuelas de una tercera intervención estética, cuando en este campo la información debe ser particularmente rigurosa y comprender no sólo los riesgos normales y graves, sino también los benignos y excepcionales. Sostiene el fallo que un cirujano, que no ha cometido ningún fallo personal, puede, sin embargo, incurrir en responsabilidad profesional por haber faltado a su deber de información al paciente”.<sup>23</sup>

Más reciente en el tiempo encontramos el fallo de la Corte de Casación Civil de Italia, Sección III, de fecha 6 de octubre de 1997 en la causa "Finocchiaro, Clelia". En dicha sentencia, entre otros considerando se lee: “Tratándose de una intervención quirúrgica voluntaria, la validez del consentimiento del paciente depende de que el profesional requerido le informe sobre sus beneficios y modalidades, la eventual elección entre diferentes técnicas y los riesgos previsibles. El citado deber de información es obligatorio en materia de cirugía estética, supuesto en el que comprende también la posibilidad del paciente de obtener una efectiva mejora del aspecto físico, que repercute favorablemente en su vida profesional y de relación... La caracterización de la obligación del médico como de medios sólo tiene un efecto jurídico: el profesional no debe garantizar al paciente el resultado que éste pretende lograr. Empero, en el campo de la cirugía estética, el deber de información del médico se extiende también al resultado –consistente en obtener una mejora de su aspecto físico- con la finalidad de permitir al paciente decidir si se someterá o no a la operación... Consistiendo la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora, en la extracción de una masa adiposa de aproximadamente cinco kilogramos y habiéndose verificado que la operación fue practicada con esmero, las importantes e inevitables cicatrices que quedaron en el cuerpo de la paciente evidencian un daño resarcible, si no se le informó previamente acerca de ellas. Ello, en tanto la violación del deber de información califica como daño a la integridad física a las consecuencias aún inevitables de la operación”.<sup>24</sup>

Debe tenerse en cuenta que en Europa la proporción de reclamaciones judiciales aumenta cuando el riesgo es bajo, y ello porque en las intervenciones de alto riesgo (oncológicas, cardiovasculares, neurológicas, etc.) el médico suele mostrarse más exhaustivo en la información que suministra al paciente y a sus familiares, y llevarse a efecto en grandes centros hospitalarios que suelen tener protocolizadas sus actuaciones, siendo consciente tanto el paciente como sus familiares del alto riesgo que la actuación médica implica y de su ineludible necesidad.

En materia de consentimiento informado, uno de los problemas que se presenta es el referido a la extensión del resarcimiento, es decir al daño

---

<sup>22</sup> Julio César GALÁN CORTÉS “El consentimiento informado del Usuario de los servicios sanitarios” op. cit. pág. 48.

<sup>23</sup> Antonio FRAGA MANDIÁN y Manuel María LAMAS MEILÁN "El consentimiento informado..." op. Cit. Pág. 99.

<sup>24</sup> Ver el fallo in extenso en “Revista de responsabilidad civil y seguros” La Ley, Año I N° 3 Mayo-Junio de 1999, pág. 245 con nota muy interesante de Federico Gustavo PIZZETTI titulada “Cirugía Estética y responsabilidad profesional de los médicos”.

que debe ser reparado en caso de que el paciente haya sido intervenido sin que previamente se le haya requerido el consentimiento informado.

En otras palabras y ejemplificando. Un paciente es sometido a una coronariografía sin que previamente sea informado respecto al riesgo de que sufra algún tipo de incapacidad como consecuencia del procedimiento.

En este caso, cuál es el daño que el médico deberá indemnizar. ¿Deberá reparar todo el daño (la incapacidad) o sólo el perjuicio de naturaleza extrapatrimonial derivado de la falta de obtención del consentimiento informado?.

Es que la omisión de obtener el consentimiento informado, si bien constituye una ofensa a la autonomía del paciente y como tal una lesión a los derechos de la personalidad, ello no quiere decir que los médicos hayan causado el daño pues la lesión no obedece a culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio (caso fortuito) de esa intervención. En estos casos bien se puede decir que no existe relación de causalidad adecuada entre la no obtención del consentimiento informado y el resultado final que obedece al riesgo propio de del tratamiento.

Incluso los médicos pueden llegar a probar vgr. a través de una pericial psicológica, que el paciente de haber sido correctamente informado y haberse obtenido así su consentimiento, igualmente se hubiera sometido a dicha práctica.

No obstante todo ello, en la práctica judicial, parece tener primacía el criterio elaborado por Roger Dalq según el cual, cuando el médico actúa sin obtener la voluntad debidamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios de su intervención, aún cuando no exista culpa en la producción del daño.<sup>25</sup>

En este sentido el Tribunal Supremo Español, en sentencia del 23 de abril de 1992 tiene establecido que “..la no advertencia al paciente de los riesgos de la intervención y sus alternativas hace que sea el cirujano quien asuma los riesgos por sí solo, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información apropiada”. De esta jurisprudencia se deduce que al no haberse desarrollado adecuadamente la información, corresponde a los profesionales cubrir las responsabilidades que la intervención conlleve.

“Queda claro pues, que la precitada dificultad para establecer el nexo causal entre la falta de información y el daño, ha favorecido la adopción de una postura según la cual, la defectuosa información de los riesgos de una intervención, especialmente cuando es de alto riesgo, supone tanto como la asunción por parte del facultativo de aquéllos, además de ser determinante del deber de responder, incluso si la operación se ha efectuado correctamente. Esta argumentación lleva implícita la idea de que dichos riesgos constituyen por sí mismos un daño, pero curiosamente, en caso de que se hubiera proporcionado información suficiente al paciente respecto a éstos, no tendrían tal carácter salvo, lógicamente, cuando la actuación médica se hubiese efectuado sin la diligencia debida”.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Ver María Patricia CASTAÑO DE RESTREPO “El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica” op. cit., pág. 65.

<sup>26</sup> Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ “Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, pág. 105.

Por nuestra parte creemos que no se pueden adoptar soluciones generales y simplistas. Estimamos que como regla general, deberá estarse a la teoría de la causalidad adecuada que recoge sabiamente nuestro Código Civil. En tal sentido, no cabe duda que la no obtención del consentimiento informado puede significar una lesión a los derechos de la personalidad del paciente, pero de ahí a responsabilizar íntegramente a los profesionales por un resultado dañoso cuando éste no puede ser atribuido a culpa del profesional hay un trecho muy largo.<sup>27</sup>

En todo caso, corresponderá también evaluar (incluso a través de prueba pericial psicológica) cual hubiera sido la decisión del paciente de haber sido correctamente informado y teniendo por supuesto en cuenta las particularidades del caso (gravedad de la enfermedad, urgencia del tratamiento, etc.). Con esto quiero decir que el médico puede intentar probar que de haber informado correctamente al paciente, éste hubiera dado su consentimiento para el acto médico en cuestión.

De todas maneras, siempre se debe tener presente que el consentimiento informado no legitima conductas negligentes.

Otro problema que puede presentar el tema propuesto es el del hallazgo médico. Este se presenta cuando en el curso de una intervención quirúrgica, el cirujano encuentra que el paciente tiene otra dolencia que requiere también su intervención, siendo que ésta última no era conocida por el paciente y por supuesto no pudo haber sido informado al respecto ni mucho menos dado su consentimiento.

La solución es extremadamente casuística. En su búsqueda habrá que tener especialmente en cuenta el criterio de beneficencia según el cual el médico debe hacer todo lo que esté a su alcance para sanar al paciente, sumado al respeto por la autonomía de éste y a la urgencia de la nueva intervención. De todas maneras siempre queda el recurso de consultar a los parientes del paciente que muchas veces se encuentran esperando fuera del quirófano.

La jurisprudencia francesa considera que cuando en el curso de una intervención quirúrgica consentida, aparecen circunstancias nuevas que hacen ineludible y urgente una actitud terapéutica distinta, que no permiten diferirla para una fase posterior, el médico está legitimado y obligado, en el interés del paciente, a continuar y variar en su caso, el tratamiento inicialmente previsto, lo que en este caso resulta vital y, por ende, urgente e inaplazable.<sup>28</sup>

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL EN MATERIA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

---

<sup>27</sup> Sobre el particular recomendamos la lectura de la obra “Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Amelia Sánchez Gómez, Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 101 y sgtes. En donde analiza si el defecto de información es fuente de responsabilidad *per se*, como también la necesaria relación de causalidad que debe existir entre ese defecto de información y el daño causado.

<sup>28</sup> Sentencias de la Corte de Apelación de París del 20 de febrero de 1946, 28 de junio de 1923 y 18 de diciembre de 1980; del Tribunal de Rouen del 17 de diciembre de 1970, del Tribunal de Nimes del 20 de octubre de 1953, etc.. Todas ellas citadas por Julio César GALÁN CORTÉS en “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” op. cit. pág. 42.

Si bien a esta altura de los tiempos, cada día son más los fallos de nuestros tribunales en los que se hace alusión al consentimiento informado, podemos citar tres antecedentes que se constituyeron en verdaderos leading cases. Son los que mencionaremos a continuación:

**A- "Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro"<sup>29</sup>**

En este caso, la Cámara sostuvo que en una primera etapa, es decir, antes de decidir la realización de un tratamiento o una intervención deberá efectuar todos los estudios e investigaciones necesarias para llegar a un diagnóstico cierto. Debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos. Hay que tener presente que su consentimiento es indispensable para justificar las consecuencias graves de una atención médica, por ejemplo, una mutilación, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico.

En su dictamen, el Asesor de Menores había sostenido que "...todo lo relativo a la información al paciente, a su autorización para determinados tratamientos y a la aceptación de muchos resultados inesperados, tiene su fuente mediata en la pretensión de vasallaje que se mantiene en el ánimo del médico que dispone sobre el enfermo sin adecuada información de éste. Al día de hoy esta información, este derecho a la información, hace a la esencia del contrato de asistencia médica porque la salud es un derecho personalísimo relativamente indisponible cuyo titular es el único legitimado para aceptar determinadas terapias, especialmente cuando ponen en serio riesgo la vida, importan mutilaciones u otros resultados dañosos..."

**B- "Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros"<sup>30</sup>**

A raíz de un accidente callejero el Sr. Dezeo sufrió una fractura expuesta en su pierna. Por ello fue trasladado a un sanatorio cercano a efectos de su curación.

La clínica privada en cuestión, no tenía convenio con la obra social de Dezeo quien era un albañil jubilado. Los médicos intervinientes informaron a Dezeo que no contaba con cobertura y que por ende iba a tener que pagar de su bolsillo el costo de la atención médica.

Frente a ese cuadro Dezeo decidió trasladarse a un hospital público. A todo esto, había transcurrido tiempo desde el accidente y la herida presentaba infecciones que no habían sido tratadas. En definitiva y debido a la infección, la pierna debió ser amputada.

Los médicos de la clínica privada y ésta fueron demandados y en su defensa alegaron la negativa del paciente a ser atendido en ella.

---

<sup>29</sup> Cam. Nacional Civil, Sala I, 25 de octubre de 1990 publicado en La Ley, diario del 5 de agosto de 1991 con nota de Susana ALBANESE titulada "Relación médico paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica". De fundamental importancia resulta el dictamen del Asesor de Menores Dr. Alejandro Molina.

<sup>30</sup> Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 15 de diciembre de 1992, publicado en La Ley, diario del 4 de mayo de 1993 y en El Derecho, diario del 14 de julio de 1993.

El tribunal hizo caso omiso de dicha excusa considerando que el actor no fue informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la "toilette quirúrgica", que sólo le advirtieron en cambio, la inexistencia de cobertura en el establecimiento, de su obra social, y que fue la imposibilidad de afrontar el alto costo de dicha intervención, lo que motivó su pedido de traslado.

Concluyó el tribunal de segunda instancia que en las expresadas condiciones, la excusa basada en la falta de consentimiento del paciente no puede ser acogida, en tanto no constituyó la expresión de la libre voluntad del sujeto.

En otras palabras, el consentimiento del paciente para no ser atendido en esa clínica no fue un consentimiento informado, pues Dezeo sólo fue puesto al tanto respecto del tema económico, más no del riesgo que su pierna presentaba y la necesidad de una urgente desinfección y tratamiento.

Llegados los autos a la Corte Bonaerense, y en lo relativo al tema del consentimiento, al Alto Tribunal consideró que la excusa dada por la clínica respecto a la negativa del paciente a ser atendido en sus instalaciones resultaba inatendible.

La cuestión era que si el paciente hubiera sido atendido de urgencia y se hubiera realizado una limpieza quirúrgica de la herida, seguramente o probablemente la infección no hubiera avanzado y de esta manera no hubiera sido necesaria la amputación del miembro.

Recordemos que la clínica privada donde -por la cercanía- el paciente fue llevado de urgencia alegó que no lo atendió en salvaguarda del derecho personalísimo e invulnerable del damnificado de elegir el lugar donde ser asistido.

La Corte juzgó que la única opción que se presentó al herido fue la de ser atendido con la correspondiente premura pero sin el amparo de su obra social o elegir ser trasladado al establecimiento más cercano, oficial y gratuito. Por el contrario, se encontró probado que al paciente no se lo anotició del riesgo de infección ni de la extrema urgencia de atender su lesión.

El máximo Tribunal Bonaerense se pregunta si conforma una conducta antijurídica la negativa del médico a brindar la asistencia en ese caso (cuyas pautas, por la misión social y de compromiso con el interés público que distingue a la profesión, trascienden el ámbito contractual) a un enfermo portador de una lesión de extrema gravedad, por no poder ésta pagarle sus servicios, como en el sub judice ocurrió.

"Obvio resulta a mi juicio que la respuesta ha de ser afirmativa por que continuando con la opinión de Mosset Iturraspe, estimo nos hallamos, atento la denegación de los cuidados médicos, no sólo frente a una notoria falta ética, sino a un comportamiento pasivo abusivo sancionado por el art. 1071 del Código Civil, particularmente grave (art. 902 C.C.), que contraría el ejercicio regular del derecho de abstenerse, la buena fe, la moral y las buenas costumbres, y que ha de generar responsabilidad civil fuera de un contrato, y precisamente por tratarse de una negativa injustificada de contratar con el paciente. Es por tanto una responsabilidad por acto ilícito (art. 1109 C.C.), por abuso del derecho de no contratar, siendo por otra parte, este último precepto citado, el que sustenta el resarcimiento por daño".



**C- "P., R.H. c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ responsabilidad médica".<sup>31</sup>**

En el camino evolutivo hacia el pleno reconocimiento de la autonomía del paciente y de la importancia del consentimiento informado, cobra singular valor este precedente judicial en el que si bien se juzgó que no existió culpa en el accionar de los profesionales, igualmente se condenó a la institución sanitaria por no tener organizado un sistema que asegure la obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a cualquier intervención médica.

El actor, un Coronel del ejército, estaba siendo atendido por el servicio de cardiología del Hospital demandado. El actor presentaba una enfermedad arterial en varios sectores del organismo cuyas principales expresiones clínicas eran su claudicación arterial intermitente de miembros inferiores, su enfermedad coronaria y la presencia de soplo carotídeo que hace presumir lesión cerebral por alteraciones anatómicas, arteriales de los vasos del cuello. Frente a ese cuadro era necesario a criterio de los cardiólogos tratantes, la realización de la panarteriografía.

Fue así que se le indicó la necesidad de realizarse una arteriografía cerebral. La arteriografía fue practicada en el servicio de hemodinamia del mismo hospital.

La arteriografía cerebral, según el informe concordante de todos los peritos presenta un riesgo del 0,5% de dejar serias secuelas incapacitantes y hasta incluso producir la muerte del paciente, aún cuando sea realizada conforme la *lex artis* y poniendo los profesionales la mayor diligencia.

Fue así que en el caso concreto, este mínimo riesgo del 5 por mil (0,5%) se efectivizó y como consecuencia de ello, el paciente sufrió lesiones que lo incapacitaron en forma total.

Todos los peritos que intervinieron fueron concluyentes en afirmar que ante la jerarquía del órgano involucrado -el cerebro- es de correcta práctica diagnóstica estudiar en forma objetiva el sector de los troncos supraaórticos, y que ante un paciente con una enfermedad arterioesclerótica con lesiones multifocales las actitudes e indicaciones de los profesionales médicos fueron las adecuadas, por lo que ordenar una panarteriografía no fue una conducta imprudente. Más aún; el estudio hemodinámico era necesario y la mala conducta médica hubiera consistido en no ordenarlo.

También concluyó el Tribunal, con fundamento en los dictámenes periciales, que no hubo estrictamente mala praxis por parte de los profesionales intervinientes.

Ahora bien, al no estar en duda el riesgo del procedimiento, el Tribunal se pregunta si el paciente fue advertido de tal riesgo. "No cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital".

Señala el Tribunal que "un adulto tiene derecho de tomar por su propia cuenta aquellas decisiones que signifiquen adoptar un determinado plan de vida. Entre ellas figura la de elegir entre detectar una enfermedad a costa de un

---

<sup>31</sup> Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala I, 28 de diciembre de 1993 publicado en El Derecho, diario del 18 de noviembre de 1994 con nota de Susana ALBANESE titulada "El derecho de los pacientes a recibir información".

gran riesgo, o la de evitar ese riesgo y permanecer en la ignorancia. En este caso, ante la ausencia de prueba, concluyo en que los médicos -no se con precisión cuál de ellos- eligieron por el paciente. Como señaló el Dr. Pérez Delgado en la causa que he citado, es un deber elemental del prestador del servicio médico el advertir al paciente de los riesgos, pues éste es en definitiva quien debe decidir si vale la pena afrontarlos. Puesto que algún médico -todos ellos dependientes del hospital- debía cumplir con esa obligación y ninguno lo hizo, el hospital debe responder".

Se explica también que el tema no pasa por explicarle al paciente que va a ser sometido a un cateterismo, sino puntualmente -además de aquello- que entre los riesgos de ese cateterismo, a la luz de sus antecedentes, podía quedar en la situación que quedó con una seria incapacidad.

Sentado lo anterior, el tribunal se pregunta cuál de todos los médicos tratantes era el que tenía el deber de informar al paciente sobre los riesgos del estudio al que iba a ser sometido.

Al respecto en la sentencia se lee: "de modo que no puede decirse con precisión quien era el médico encargado de advertir al paciente del riesgo que corría. Sin duda algún médico del hospital tenía tal responsabilidad, pero no puedo decir que fuera el cardiólogo que ordenó el estudio ni que fuera quien lo practicó. El hospital -como entidad- responde por la omisión de advertir ese riesgo, pero es imposible determinar con que médico debe compartirla en especial. Durante los ocho días que transcurrieron entre que el examen fue ordenado y el mismo fue practicado el paciente permaneció internado en el hospital. Alguno de los médicos durante ese lapso, debió advertirle el riesgo que correría -y, como luego veremos- omitió hacerlo".

Lo que no pudo hacer el tribunal en base a las pruebas recolectadas en la causa, fue determinar cuál de todos los médicos en forma individual tenía la obligación de informar sobre los riesgos al paciente.

No obstante ello, no cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital.

La falta de individualización del profesional que debía informar al paciente de los riesgos a que iba a ser sometido en el estudio indicado (obtención del consentimiento informado) hizo que la demanda sea rechazada contra los profesionales en forma individual.

Pero el Tribunal consideró que "ambos servicios, en sus cabezas, y el resto de los facultativos, conforman, en las especialidades aludidas, la organización hospitalaria y si bien, como se señaló, legalmente no había obligación de asentar la conformidad por escrito por que no se trataba de una mutilación, sí moral y humanitariamente, ciertamente estaba la obligación de informar y dar la posibilidad de decidir al actor y/o su señora esposa, y la constancia escrita, hubiera servido como prueba irrefutable".

En definitiva, si bien se rechazó la demanda contra los médicos, el hospital fue condenado por no tener organizados sus servicios de manera tal que se asegure la obtención del consentimiento informado de todo paciente que va a ser sometido a una práctica médica.

### C- “Pereyra, Miguel c/ B., J.M. s/ daños y perjuicios”<sup>32</sup>

En este Fallo la Cámara, confirmando el pronunciamiento de primera instancia señala que el tema de la no obtención del consentimiento informado debe integrar la demanda si se pretende que sea tratado en la sentencia.

La parte actora, en su demanda nada había dicho respecto de la no obtención del consentimiento informado por parte de los profesionales demandados pues la imputación de negligencia pasaba por la elección de un tratamiento equivocado. A posteriori, en etapa de alegar, pretendió introducir el tema del consentimiento informado, lo que mereció acertada respuesta por parte del Tribunal.

En este sentido se lee en el fallo que “un reclamo por violación del deber de información necesariamente habría exigido defensas específicas del demandado y necesariamente la prueba habría transitado por otros carriles, tomando en consideración que los daños que tendrían relación de causalidad con esta infracción pueden ser distintos de los daños que se reclaman en esta causa”.

### **¿TODOS DE ACUERDO CON EL CONSENTIMIENTO INFORMADO?**

Llegados a esta parte, podemos afirmar que la teoría del consentimiento informado ha cobrado cuerpo y en la actualidad es aplicada en forma constante por los tribunales de nuestro país. Tan es así que como quedo visto, existen precedentes judiciales en lo que si bien no ha existido mala praxis médica (culpa profesional y daño), igualmente la institución médica ha sido condenada por cuanto no se cumplió con el requisito de la obtención del consentimiento informado del paciente como paso previo a cualquier intervención médica.

Ahora bien, así como existen grandes defensores de la tesis del consentimiento informado, por otras razones están también quienes siguen apegados a las viejas formas de ejercicio de la medicina, y por cierto, tienen también sus fundamentos.

En este sentido, nunca nos cansamos de recomendar el trabajo de Howard Brody titulado “El jefe de Clínica Médica”.<sup>33</sup>

En el caso que narra Brody, se trataba de un paciente que ingresa a un hospital debido a una serie de afecciones. El paciente fue estudiado por un grupo de médicos, pero éstos no podían hacer un diagnóstico. No obstante ello, el paciente empeoraba día a día. A todo esto, los médicos todavía no sabían cuál era la condición clínica del paciente.

Temiendo la reacción de los parientes del paciente, ordenaron a los médicos residentes y a una estudiante de medicina que estaban siguiendo el caso no dar información sobre el empeoramiento y sus causas, ni al paciente ni a sus familiares. Cualquier pregunta debería ser dirigida a los médicos tratantes quienes dieron sólo las respuestas más superficiales a los interrogantes de la familia, “como hacen generalmente los médicos cuando están aterrizados por la

---

<sup>32</sup> Fallo de la Sala 2ª de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la ciudad de Rosario, inédito.

<sup>33</sup> Publicado en pág. 63 y sgtes. del libro “Decisiones de vida y muerte – eutanasia, aborto y otros temas de ética médica” de Florencia LUNA y Arleen SALLES, Edit. Sudamericana, Bs. As. 1995,-

posibilidad de juicios por mala praxis, en resumen, actuaron aumentando las posibilidades de que realmente los demanden”.

No obstante las instrucciones recibidas, la estudiante de medicina, que venía siendo formada en las nuevas escuelas y en base a los nuevos principios bioéticos de respeto por la autonomía de los pacientes, un día se acercó a los parientes del paciente y les contó la verdad, que nadie sabía que tenía el enfermo ni cómo curarlo y que en realidad estaba cada vez peor, y a punto de fallecer.

Relata Brody que la estudiante “miró a los familiares, amable y tristemente, les tomó las manos y les dijo: su padre se está muriendo. Deben ir a verlo y estar con él para darle el último adiós”.

El tema llegó el Jefe de Clínica Médica, quien más que irritado por la actitud de la joven estudiante la llamó para reprenderla.

Comenzó diciendo que hacía ya algunos años esperaba una situación como la ocurrida en que una joven profesional o estudiante aplique las nuevas teorías según las cuales se cuestiona a la autoridad, se imaginan derechos y se piensa que cualquiera que esté en el poder es una amenaza.

Luego el Jefe le dijo a la estudiante “quiero que comprenda la enorme amenaza que usted significa para nosotros, a quienes nos importa la medicina y quienes debemos protegerla y llevarla hacia adelante”.

A continuación, el Jefe de Clínica siguió diciendo: “Usted ha venido a aprender cómo curar. Usted brindaría esperanza y bienestar al enfermo y al moribundo. Pero usted ha venido para ofrecer estos grandes bienes sólo a un pequeño número de privilegiados. ¿Se sorprende por ello? ¿No pensó que venía para servir a todos, al pobre y desamparado como al rico e instruido?. Pero lo que le digo es así. Porque usted ofrece su particular forma de curar y su esperanza a los pocos privilegiados que, en la enfermedad, quieren pensar y actuar por sí mismos. Busca al raro individuo que desea el poder para hacer elecciones cuando su propia vida y su muerte están en juego, y a la persona aun más rara que, habiéndosele concedido ese poder, sabe cómo emplearlo. Sus facultades para comunicar, educar, informar – todas esas tareas de moda que tanto intrigan a los mal encaminados tontos que se jactan de instruirlos - están dirigidas a esos pocos privilegiados. Y, mientras usted ofrece comodidad y esperanza a esos cientos o miles de privilegiados, los millones de seres que no tienen ese poder irán a la tumba privados del consejo y la esperanza que tanto necesitan. Porque usted no puede seguir ambos caminos. Lo que es esperanza para unos pocos privilegiados, para las masas significa una profunda desesperación. Las masas temen a la enfermedad y a la muerte, y quieren que el médico anule esos temores. El médico que les dice que tienen el poder de elegir frente a la enfermedad y la muerte, y que los alienta a optar, los llena de angustia. El mensaje de la libertad, para los millones de desesperados, es el más vacío y carente de esperanza que podrían escuchar...El médico que insiste en que el poder, la elección, la libertad de todos modos no le pertenecen, destruye la última esperanza de millones de seres sufrientes...Millones de personas son muy felices de autoconsiderarse libres y ajustarse estrictamente a sus propias elecciones y a su poder de realizarlas, a pesar de nuestro consejo, válido o pero sólo cuando se sientan sanas y actúen en consecuencia...Conocemos la mirada de angustia que aparece en los ojos del paciente al pedírsele que tome la más simple decisión y el alivio que muestran cuando el médico parece tener poder sobre la enfermedad...”

Finalmente, la actitud asumida por la estudiante del relato, a criterio del Jefe de Clínica hace perder a la medicina su propia magia que se presenta en forma de milagro, misterio y autoridad y que en más de un caso ha permitido curas inexplicables.

Como se puede apreciar, en el tema del consentimiento informado, no todo está dicho.

En definitiva, dos maneras de ver la medicina que tal vez habrá que compatibilizar por que ambas tienen algo de cierto.

## **LA INSTRUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

En principio, y salvo casos excepcionales, no existe obligación de instrumentar por escrito el consentimiento informado. No obstante ello, la eventual necesidad de acreditar el cumplimiento del mismo en un futuro juicio, hace aconsejable que se lo documente por escrito, aún cuando no exista obligación legal al respecto.

Debe tenerse en cuenta que “la carga de la prueba corresponde al médico, y ello de acuerdo con el criterio establecido en materia de información, en el sentido de que pesa sobre quien lo afirma la carga de la prueba de la prestación, por cuanto de invertir tal carga y desplazarla sobre el paciente, se le impondría a éste una prueba diabólica (probar un hecho negativo, esto es, que no se le dio la necesaria información, ni otorgó el preceptivo consentimiento informado), mientras que para el médico se trata de probar un hecho positivo, del que podría dejar buena constancia en la historia clínica...”<sup>34</sup>. Por su parte, el Tribunal Administrativo de Estrasburgo, en sentencia dictada el 21 de abril de 1994, entiende que la prueba de que la información fue suficiente recae sobre el médico.

Ahora bien, la instrumentación del consentimiento informado no puede pasar por esos formularios absurdos que generalmente se hacen firmar a todo paciente en el mismo momento en que ingresa a un establecimiento asistencial.

Por empezar el consentimiento informado es un proceso prolongado que se va dando entre profesional y paciente y que luego deberá instrumentarse en algún documento. El documento por excelencia para instrumentar el consentimiento informado es la historia clínica o la ficha médica del paciente.

Siempre insistimos que valen mucho más unas líneas manuscritas en la historia clínica confeccionadas por el médico tratante en las que se deja constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus alternativas, que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente tuvo que firmar al ingresar al establecimiento.

“Se consideran de mucha mayor utilidad las anotaciones efectuadas por el médico en la historia clínica del paciente. Las Cortes suelen atribuir gran importancia a estas anotaciones, especialmente cuando las mismas son progresivas y resulta claro que fueron efectuadas contemporáneamente respecto de los hechos que registran. Asimismo, se les da mucho crédito cuando

---

<sup>34</sup> Julio César GALÁN CORTÉS “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” op. cit. pág. 37.

identifican cuestiones o aspectos especiales expresados por el paciente. Estas anotaciones no necesitan ser voluminosas ni ocuparle mucho tiempo al profesional: si en la historia clínica del hospital o consultorio se recogen elementos relevantes de la conversación con el paciente, ello puede ser mucho más creíble que cualquier otra prueba aportada por las partes involucradas en el juicio”.<sup>35</sup>

En sentido semejante se ha dicho que “en íntima relación con el deber de informar, la historia clínica constituye un documento de gran trascendencia a efectos probatorios, puesto que en él se refleja todo lo relativo a la enfermedad del paciente”.<sup>36</sup>

Un verdadero especialista en estos temas como es el médico español Simón Lorda, nos da algunas recomendaciones respecto a la elaboración de formularios escritos de consentimiento informado.

En primer lugar, todo formulario debe asegurar una cantidad inicial de información que sea adecuada y comprensible para el paciente. También debe hacer saber al paciente que tiene del derecho de formular cuantas preguntas quiera para despejar dudas.

También tiene que establecer claramente la libertad absoluta del paciente para reconsiderar cualquier decisión que vaya a tomar.

El formulario debe dividirse en dos grandes partes. En la primera se vuelca toda la información y en la segunda -de naturaleza más burocrática- los datos del paciente.

Es fundamental que el formulario contenga estos puntos: a) objetivos del procedimiento (para que sirve), b) forma en la que se realiza (en qué consiste), c) beneficios esperados, d) molestias, riesgos y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no hacer el procedimiento, e) alternativas posibles -incluida la de no efectuar la técnica-con sus problemas, y explicación breve del motivo que induce al sanitario a escoger este procedimiento y no el o los alternativos, f) disponibilidad a ampliar toda la información si el paciente lo desea, g) libertad total del paciente para retirar el consentimiento cuando lo desee y sin tener que dar explicación alguna.

En la elaboración de estos formularios se recomienda usar frases cortas con abundantes puntos y aparte. Utilizar palabras sencillas evitando tecnicismos. En lo posible incluir dibujos por que una imagen vale más que mil palabras. Propiciar una estructura iconográfica atractiva, utilizando varios tipos de letra, cajas de texto, símbolos sombreados, negritas y subrayados, todo ello para hacer que sea agradable la lectura del texto.

En todos los casos, los protocolos de consentimiento informado, que son de base genérica, deben completarse en función de las circunstancias propias de cada caso. De lo contrario no dejarían nunca de ser un simple contrato de adhesión.

"Para obviar y destruir en caso de contienda judicial la alegación de que la información suministrada por el médico a efectos del consentimiento ha sido pobre o incomprensible, se han editado en los EEUU unos folletos, profusamente ilustrados con viñetas en colores, a semejanza de un cómic, donde,

---

<sup>35</sup> Elena I. HIGHTON y Sandra M. WIERZBA “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”. Op. cit., pág. 141.

<sup>36</sup> Amelia SANCHEZ GÓMEZ “El contrato de servicios médicos y el contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 89.

paso a paso y en lenguaje sencillo, ameno y claro, se explica al paciente la manipulación diagnóstica o de tratamiento que va a recibir, si consiente. La Asociación Americana de Médicos (A.M.A.) recomienda vivamente su utilización como medio de protección contra demandas infundadas".<sup>37</sup>

La importancia que ha tomado el tema del consentimiento informado en España es manifiesta. Tan es así que el Gobierno de Navarra a través de su Departamento de Salud y Servicio de Asistencia Sanitaria, en el año 1997 editó una "Guía práctica sobre el Consentimiento Informado". Se trata de un folleto prolijamente editado en cuya presentación se dice "Tengo la satisfacción de presentar este documento, en el que se expone de forma clara, fácil y práctica el modo de hacer efectivos dos de los derechos de los usuarios de la asistencia sanitaria, que más han contribuido en los últimos años a un cambio en la concepción de la medicina y de la ética asistencial, el Derecho a la información y el Derecho a la participación, que en conjunto se ve reflejado en el Derecho al consentimiento informado".<sup>38</sup>

Debe tenerse en cuenta que por más que se haya cumplido estrictamente con el proceso de consentimiento informado, ello no constituye una patente de corso para el profesional, en el sentido de que siempre será la actuación médica conforme la *lex artis* en cada caso la que sirva para juzgar su completa actuación.

## **LA HISTORIA CLÍNICA**

En el punto anterior se hizo un anticipo sobre la importancia que tiene la historia clínica en el acto médico, documento que en todo juicio de responsabilidad civil médica es muchas veces una prueba decisiva tanto a favor como en contra del galeno.

Si bien es cierto que el contrato de prestaciones médicas es de forma libre o no formal<sup>39</sup> también es realidad que por lo general es de tracto sucesivo. Precisamente, el desarrollo de la vida de dicho contrato se refleja en un documento que se irá completando a lo largo del proceso de atención médica, y como tal servirá para identificar en un futuro la calidad de dichos servicios, y muy particularmente se convertirá en una herramienta probatoria de singular importancia a la hora de determinar responsabilidades civiles, penales o administrativas. En lo inmediato, su importancia viene dada porque asegura una adecuada prestación de servicios, sirviendo como guía a los profesionales intervinientes.

Es así que se insiste en el carácter de tracto sucesivo de

---

<sup>37</sup> Antonio FRAGA MANDIÁN y Manuel María LAMAS MEILÁN "El consentimiento informado..." op. Cit. Pág. 95.

<sup>38</sup> Firma el prólogo de la obra Santiago CERVERA SOTO, Consejero de Salud del Gobierno de Navarra.

<sup>39</sup> Ver BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", t. 1 p. 162, Ed. Hammurabi, 2ª ed., 1992. Como bien aclara el profesor Bueres, ello es sin perjuicio de las exigencias que la ley establezca en determinadas circunstancias para la prueba del mismo.

la prestación médica, y admitido ese carácter de continuidad, cuando sea necesaria su reanudación, bastará con una consulta rápida a la historia clínica, al contenerse en ella todos los datos de interés del paciente. “En definitiva, la historia clínica, además de constituir un importante complemento del deber de informar, posee un indudable carácter instrumental respecto a la prestación de asistencia médica”.<sup>40</sup>

Ese documento del que venimos hablando —que en realidad se trata de una documentación compleja, pues está compuesto por diversos elementos o partes—, es la historia clínica, y reviste cada vez mayor importancia debido a los cambios operados en el ejercicio de la medicina tal como se ha visto en capítulos anteriores. Es que el respeto cada vez más exigido de la autonomía del paciente, abandonando las viejas formas paternalistas, exige la realización de una medicina documentada, y es precisamente la historia clínica, la mejor instrumentación del actuar profesional. Es por ello que se ha afirmado que “en íntima relación con el deber de informar, la historia clínica constituye un documento de gran trascendencia a efectos probatorios, puesto que en él se refleja todo lo relativo a la enfermedad del paciente”.<sup>41</sup>

La historia clínica ha sido definida como “la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual”.<sup>42</sup>

Por nuestra parte juzgamos que tal definición resulta insuficiente pues en el citado documento, obran o deben obrar no sólo los antecedentes del paciente y su estado actual, sino también la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia o tratamientos a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico donde deberá constar detalladamente la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etc. Es decir todos los datos que de una manera precisa y completa detallan el servicio médico y auxiliar suministrado.

Por ello resulta más acertada la definición que brinda el punto número 8 de la Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes, del Plan de Humanización de Hospitales del Insalud (España) según el cual la historia clínica es la información realizada por escrito de todo el proceso médico del paciente, incluyendo las pruebas realizadas en el mismo.

En el Derecho Uruguayo, se ha dicho que la historia

---

<sup>40</sup> Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ “Contrato de Servicios Médicos y Contrato de Servicios Hospitalarios” Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 89.

<sup>41</sup> Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ “Contrato de Servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios” Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 89.

<sup>42</sup> Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas; 10ª edición, Edit. Salvat, Barcelona 1968.



clínica “...se trata de un documento en tanto representa en forma permanente un hecho que era presente al confeccionarlo (en este caso, una sucesión de hechos), y que por ello adquiere significación probatoria. Específicamente, este documento contiene una declaración de ciencia, en cuanto consiste en la representación de lo que se sabe o conoce respecto al estado del enfermo y a las medidas que se tomaron para atenderlo...”<sup>43</sup>

Esta documentación ha sido considerada por Fernández Costales como absolutamente necesaria, e insiste sobre todo en que se desarrolle por escrito, a lo largo de las fases en que se desarrolla el contrato de servicios médicos, ya que proporciona una mayor seriedad y seguridad científica, evitando posibles negligencias de acción u omisión. “Esta documentación debe realizarse desde el mismo momento del contacto personal del médico y del paciente”<sup>44</sup>

En base a ello, se ha dicho que el carácter completo y permanente de la historia clínica de un paciente es en la medicina moderna una condición de calidad de los cuidados médicos o de la correcta asistencia facultativa<sup>45</sup>.

Gherzi también pone el acento en la importancia de la instrumentación de las distintas secuencias médicas en la vida del paciente por su trascendencia para juzgar la responsabilidad por daños producidos en el enfermo, y sobre todo para darnos la clave en la relación de causalidad<sup>46</sup>.

Por su parte, Andorno ha manifestado lo siguiente en un comentario a fallo “Resulta de interés recordar que indudablemente, la instrumentación de las distintas secuencias médicas en la vida del paciente es de una importancia trascendente para juzgar la responsabilidad de daños producidos al enfermo, ya que puede darnos la clave de la mencionada relación de causalidad. De allí por tanto el valor que tiene en esta materia la denominada historia clínica”<sup>47</sup>.

No obstante la importancia que tiene este documento, en nuestro país

---

<sup>43</sup> Sentencia N° 8 del 18 de marzo de 1991 Juzgado Civil N° 23 de Montevideo, citado por Dora ZAFIR y Beatriz VENTURINI en “Responsabilidad médica en el mercosur” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, pág. 245.

<sup>44</sup> FERNANDEZ COSTALES, Javier, “El contrato de servicios médicos”, p. 196, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

<sup>45</sup> RYCKMANS y MEERT-VAN DE PUT, “Le droits et les obligations des médecins”, p. 175, Bruselas, 1971.

<sup>46</sup> GHERSI, Carlos A., “Responsabilidad por prestación médico asistencial”, p. 97, Ed. Hammurabi, 1987.

<sup>47</sup> ANDORNO, Luis O., “Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos”, JA, 1990-II-76.

“no existen parámetros legales para la confección de las historias clínicas”<sup>48</sup>

En nuestro medio, y desde la ciencia jurídica, han prestado especial atención al tema de la historia clínica Albanese y Zuppi, quienes manifiestan que el derecho a la información que tienen los pacientes significa que éstos tienen derecho a consultar su historia clínica para comprobar la realización del tratamiento<sup>49</sup>. Para los autores citados, el deber de los médicos de llevar la historia clínica se justifica no sólo con fines terapéuticos, sino también como elemento fundamental en la medicina informada, pues permite a la parte damnificada por un error médico, recurrir a las informaciones que el profesional ha debido documentar, pudiendo concurrir así a los tribunales en pie de igualdad.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que “las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales”<sup>50</sup>

En cuanto al contenido de la historia clínica, dicen que está generalmente integrada por lo que se denomina resultados experimentales, tales como los análisis clínicos, radiografías, resultados de laboratorio, etc., así como los informes escritos o magnetofónicos que constituyen lo que se llama el diagnóstico clínico y la terapéutica<sup>51</sup>. Obviamente que la historia clínica es el mejor medio en el cual instrumentar el consentimiento informado.

Sobre el contenido de la historia clínica, la jurisprudencia ha dicho que “la historia clínica no es el simple relato, la decisión de una enfermedad aislada; comprende además el comentario, las consideraciones del médico al

---

<sup>48</sup> Fernando G. MARIONA y Esteban SANDOVAL LUQUE “Breves Reflexiones sobre la historia clínica” en *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 8 de julio de 1998.

<sup>49</sup> ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto L., “Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial”, *LA LEY*, 1989-B, 754. Ver también ALBANESE, Susana, “Relación médico paciente: “El derecho a informar y el acceso a la historia clínica”, *LA LEY*, 1990-E, 248 y de la misma autora “Relación médico paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica 2º parte”, *LA LEY*, 1991-D, 114.

<sup>50</sup> Cam. Nac. Civil, Sala I, 19 de febrero de 1997 “L.L. c/ Municipalidad de Buenos Aires” – publicado en *La Ley*, diario del 7 de mayo de 1998 con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA titulada “Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica”. Puede verse también en *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 4 de marzo de 1998.

<sup>51</sup> ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto, “Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial”, *LA LEY*, 1989-B, 761. Más adelante en este trabajo, exponen que “el objeto de llevar la historia clínica tiene dos explicaciones principales: a) la más importante y evidente es la de llevar registro del diagnóstico y del tratamiento y que permitirá constatar los errores o desaciertos médicos como prueba. Dentro de esta explicación podemos agregar la función de consulta de otros profesionales que participen en el tratamiento o de los futuros médicos que pueda consultar el paciente y b) por razones administrativas o fiscales”.

terminar de analizar el enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio; debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada. Y su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional”<sup>52</sup>.

En la historia clínica se debe dejar debidamente documentada toda la información —al menos la más importante— que se dé al paciente. De esta manera, y por escrito quedaría constancia del cumplimiento del deber de informar tal como se ha explicado en líneas anteriores. Asimismo y para mayor tranquilidad en cuanto a la prueba, se debe pedir al paciente que estampe su firma y que por escrito dé su consentimiento en los casos requeridos por ley o que lo aconseje la buena práctica médica. Todo ello en documentación que formará parte de la historia clínica.

Incluso si existe información que a criterio de los médicos y por distintas razones deba ser ocultada<sup>53</sup> al paciente, también es aconsejable dejar constancia del motivo de tal proceder.

Un médico que se ha dedicado a analizar la historia clínica, la califica como el ABC del acto médico. Este profesional, entre otros consejos, señala que “la confección misma de la historia clínica es muy importante, pues hay que tener en cuenta que otras personas que acceden a este documento, no son médicos, más aún quien finalmente dictaminará, en una controversia o investigación penal, es precisamente una persona no médica, por lo tanto es necesario que, tengamos presente la posibilidad real del impacto subjetivo que causará a dichas personas, quienes aún inconscientemente harán un primer juzgamiento *a priori* de la posible personalidad de quienes hayan intervenido en su confección, sin que eso signifique que sean grafólogos eruditos, cuando se observa cualquier manuscrito sucede así, no sólo por las formas grafológicas sino por el tipo de redacción, la sintaxis, etc., se forma ineludiblemente una personalidad del autor sea finalmente cierta o no, pero que contribuye a inclinar la balanza en uno u otro sentido”<sup>54</sup>.

En el mismo trabajo citado en la nota anterior se lee: “Qué importante es tomar en cuenta respecto de la enfermedad actual el recuento minucioso y detallado de todo lo que surge de ello,...cuántas veces no pocos profesionales se lamentaron omitir ciertos detalles que en su oportunidad los minimizó o no

---

<sup>52</sup> CCivil y Com. San Nicolás, 24/3/94 en autos “Romang Ciuza, Ramona c. G., L.”, JA, semanario del 15/3/95.

<sup>53</sup> En cuanto a la información que se debe dar y la que es posible retener ver BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos”, t. 2, p. 204 y sigtes., 2ª ed., Ed. Hammurabi, 1992. Relata Bueres v.gr. que en nuestro medio al igual que en Francia, entre otros países, se oculta legítimamente al enfermo la información referida a un mal incurable que él pueda padecer.

<sup>54</sup> DE LA VEGA, Enrique, “La historia clínica”: El ABC del acto médico”, Revista del Colegio Médico de Rosario, N° 45, mayo de 1993.

les dio la importancia necesaria. Ejemplificando no es lo mismo una enfermedad que comenzó el mismo día de la confección de la historia clínica que otra que comenzara 30 días antes, como ocurre en los casos de síndrome febril prolongado por ejemplo donde seguramente ya hayan intervenido otros profesionales, a los que también les correspondería ser partícipes de lo que se llama responsabilidad médica ... No está demás referirse al párrafo de antecedentes y señalar todos y cada uno de ellos, ya sean los personales, hereditarios o patológicos. Hay que recordar siempre que: Lo que no se anota se da por obvio (es peor ya que constituye una omisión)...En cuanto al examen semiológico, cuando más experto se hace uno, más valora lo que nuestros profesores en su oportunidad nos imponían: El minucioso, ordenado y detallado paso (transcripción) del prolijo examen anotando aun los valores o parámetros que se encuentran dentro de límites fisiológicos normales. Siempre ejemplificando; si se trata de un paciente cuya enfermedad de base es la hipertensión arterial, aunque en el momento del examen esté normotenso y no se anote esta circunstancia y el óbito (circunstancia posterior) sea consecuencia de un A.C.V., seguramente el juez inferirá que hubo omisión en el mejor de los casos...Imaginemos que si de anotar lo menos posible se tratara, sería mejor no confeccionar la historia clínica. Con ello erróneamente estamos siguiendo el consejo de legos que sostienen que escribir menos es sinónimo de errar menos, sin que ello signifique extralimitarse en divagar que ello sí puede entrañar en aumentar el riesgo del tema en cuestión...Es casi condición *sine quanon* hacer mayor énfasis en el aparato o sistema que se encuentre en estrecha relación con el diagnóstico presuntivo, con el auxilio indispensable del especialista correspondiente, no sin antes marcar puntualmente los síntomas y signos positivos que merecieron consideración para su llamado a interconsulta, además debe consignarse en la historia clínica, el pedido éste y la vía de su notificación a quien correspondiere aunque lleve el hecho de perder 30 segundos más, que finalmente será una segura ganancia”<sup>55</sup>.

Una buena prueba de la necesidad de anotar todos los datos posibles en la historia clínica, aun los que reflejan estados normales, lo constituye un fallo de la sala F de la C.N. Civil, con voto del doctor Gustavo Bossert. En el caso se trataba de una niña que nació prematura estando internada cinco días en un hospital público, siendo derivada con posterioridad a una clínica privada donde estuvo 53 días. En ambos centros asistenciales permaneció en incubadora, recibiendo en todo momento oxígeno para facilitar su respiración.

Al poco tiempo de externada se comprobó que la pequeña tenía una ceguera irreversible. La causa de la ceguera sin lugar a dudas obedecía a un exceso en el nivel de oxígeno en la sangre de la niña. Indudablemente esa dosis extra de oxígeno había sido recibida mientras estaba en la incubadora de alguno de los dos centros asistenciales (o de ambos).

Como no se pudo determinar en cuál de los dos nosocomios se había

---

<sup>55</sup> DE LA VEGA, Enrique, “La historia clínica: El ABC del acto médico”, op. citado.

cometido el error al suministrar oxígeno en demasía, el tribunal condenó a ambos en forma solidaria. Y el fundamento para llegar a esa doble condena pasa por la confección insuficiente de las historias clínicas. Así es que se lee en el fallo: “Por cierto, en autos no tenemos una demostración acabada de cuál fue el momento en el que el oxígeno fue suministrado en proporción indebida. Las historias clínicas de ambos hospitales demuestran que el control de presencia de oxígeno en sangre no sólo no fue constante sino que tampoco se practicó durante todos los días en que se realizó dicho suministro...De manera que lo decisivo aquí, para imputar responsabilidad a los nosocomios, es que no hubo control con la frecuencia indispensable respecto del nivel de oxígeno en sangre, para evitar que ese exceso produjera lo que en definitiva produjo. Ello surge, repito, de las historias clínicas”<sup>56</sup>. Como se puede apreciar, distinta hubiera sido la solución si en la historia clínica de alguno de los centros de salud se hubiera dejado constancia del control del nivel de oxígeno, aun cuando se hubiera tratado de valores normales. La falta de todo dato al respecto permitió inferir al tribunal —con acierto— que no había existido control alguno.

### **Plazo de conservación, titularidad y acceso a la historia clínica**

Respecto al plazo de conservación de las historias clínicas existe una resolución de la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación de fecha 11 de setiembre de 1986.

El origen de dicha resolución lo constituye un oficio judicial librado en el incidente correspondiente a la subasta de una clínica que había sido declarada en quiebra. En esta resolución se fijó un plazo de quince años. Por considerarla de importancia transcribimos la citada resolución:

*Nº 648/86.— Buenos Aires, 11 de setiembre de 1986.*

*Visto el trámite interno Nº 2020-505.050/86-4; y*

*Considerando:*

*Que por las citadas actuaciones tramita el oficio librado en los autos “Clínica Marini S.A. s/ quiebra s/ incidente de subasta de bien inmueble” del trámite del Juzgado Nacional de primera instancia en lo Comercial Nº 22, a cargo del doctor Rómulo E. Di Iorio, Secretaría Nº 44 del doctor Roca, en el que solicitara informe sobre las disposiciones vigentes acerca del destino a darse a las historias clínicas y demás documentación anexa que se encuentra en el referido establecimiento.*

*Que a raíz del citado requerimiento la Dirección de Asuntos Jurídicos propició mediante Dictamen Nº 2285/86, el dictado de una norma complementaria de la resolución secretarial Nº 2385/80, por la que se*

---

<sup>56</sup> CNCiv., sala F, 16/9/93 en autos “Ramírez, Ramón c. O.S.P.A.G.”, JA, semanario del 1/6/94.

*determina durante el lapso que deberán conservarse las historias clínicas de los distintos establecimientos asistenciales privados, habilitados en cumplimiento de la citada resolución.*

*Que asimismo corresponde disponer el destino a darse a la citada documentación en los casos en que, como el presente, cesa la actividad de un establecimiento asistencial.*

*Que se actúa en virtud de las facultades conferidas por el art. 2 del dec. 6216/67, que aprueba la reglamentación de la ley 17.132 (Adla, XXVII-B, 1862; XXVIA, 44).*

*Por ello: El Secretario de Salud, resuelve:*

*Art. 1º — Fijase un plazo de 15 años, para la conservación de las historias clínicas en los distintos establecimientos asistenciales privados autorizados por la autoridad sanitaria nacional.*

*Art. 2º — En los casos que cese la actividad de un consultorio o establecimiento asistencial privado, las historias clínicas correspondientes a pacientes con cobertura social, deberán ser remitidas a los respectivos entes de obra social y las de los demás pacientes a esta Secretaría, facultándose a la Subsecretaría de Regulación y Control a determinar en cada caso el destino y lugar de guarda de las historias clínicas.*

*Art. 3º — Facúltase al Subsecretario de Regulación y Control para autorizar el archivo de las historias clínicas por sistema de computación, microfilms o similares, siempre que los mismos garanticen la inalterabilidad de sus datos.*

*Art. 4º — Regístrese, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial, cumplido, archívese.*

La resolución transcrita que lleva el número 648 de fecha 11 de setiembre de 1986 fue publicada en el Boletín Oficial del 28 de octubre de 1986.

Como lo dice la misma resolución, su aplicación abarca a los establecimientos asistenciales privados autorizados por la autoridad sanitaria nacional. Por ello, en los diversos ámbitos provinciales no tiene eficacia, por lo que habrá que estar a la regulación local. En caso de no existir regulación en el ámbito provincial respectivo, consideramos que esta resolución puede ser aplicada analógicamente. En el peor de los casos, estimamos que como mínimo la historia clínica debe ser conservada por diez años por tratarse del plazo de prescripción para las acciones por responsabilidad contractual.

En un precedente judicial, y con referencia al parte anestésico, se sostuvo que “Dado que por expresa disposición legal los hospitales y establecimientos asistenciales privados están obligados a custodiar el parte

anestésico (art. 22, ley 17.132) y tienen la carga de aportarlo al expediente, a fin de dilucidar la verdad de los hechos (art. 388 Cód. Procesal), la falta de tal elemento de prueba justifica hacerlos responsables de los daños experimentado por los actores”.<sup>57</sup>

Respecto a la propiedad de las historias clínicas, se trata de una cuestión de difícil solución, pues sobre ella tienen derechos el ente asistencial, el médico tratante y también el paciente.

En el derecho comparado, por lo general no se reconoce a los pacientes el derecho de propiedad sobre su historia clínica, la que corresponde al médico o establecimiento asistencial. Sin perjuicio de ello, es pacífica la opinión que reconoce al paciente el derecho a conocer el contenido de la misma, es decir el libre acceso a su historia clínica<sup>58</sup>.

Tal derecho del paciente no podría jamás ser desconocido pues tratándose de datos que hacen a su salud, guardan estrecha vinculación con el derecho a la intimidad por lo que juega aquí un rol fundamental toda la elaboración jurídica formulada alrededor de este derecho de la personalidad, en especial, el derecho de acceso a la información que corresponda a los datos íntimos, en este caso del paciente. Al respecto son de especial atención las conclusiones de la Comisión N° 1 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1983 en Mar del Plata, y las de la Comisión N° 1 del Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños celebrado en Buenos Aires en 1989 en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe.

Se trata en síntesis del derecho a la autodeterminación informativa, el que es fruto de la reflexión doctrinal y de las elaboraciones jurisprudenciales que se han producido en el derecho nacional y comparado en relación con el control, por parte del sujeto afectado, sobre las informaciones que se refieren a su persona o a su familia. Este derecho a la autodeterminación informativa se construye a partir del derecho a la intimidad y ha dado lugar a nuevas instituciones tales como el “*habeas data*”<sup>59</sup>.

Recordamos que en la actualidad la figura del hábeas data se encuentra expresamente reconocida en el art. 43 de la Constitución Nacional. A nuestro criterio, esta nueva figura constitucional tiene plena eficacia para lograr el acceso a una historia clínica<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Cam. Nac. Civ. Sala H, 18 de septiembre de 1996, “G.E. de L. C/ Obra Social del Personal de la Industria del Calzado y otro”, La Ley, diario del 11 de junio de 1997.-

<sup>58</sup> ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto L., “Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial”, LA LEY, 1989-B, 763.

<sup>59</sup> Ver el desarrollo in extenso en la obra de MURILLO, Pablo Lucas, “El derecho a la autodeterminación informativa”, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

<sup>60</sup> Tenemos referencia de que la sala F de la CNCiv., en autos “Bianchi de Suárez c. Sanatorio” en fecha 6/7/95 ha considerado improcedente al hábeas data para acceder a los datos consignados en una historia clínica. Como no hemos podido leer el fallo, nos reservamos nuestra opinión. Peyrano, Jorge considera viable la utilización del hábeas data para tomar conocimiento de los datos consignados en una historia clínica. Aseguramiento

Generalmente, los pacientes no tienen libre acceso a la historia clínica, pues los establecimientos asistenciales y los profesionales de la salud no son muy adictos a permitir la lectura de estos documentos por parte de los enfermos. Por ello, es común que toda cuestión relativa al enjuiciamiento de una prestación médica —y muy especialmente en las causas por mala práctica— comience con una medida de aseguramiento de prueba consistente en el secuestro de la historia clínica.

Peyrano considera que la historia clínica tradicional tiene naturaleza de documento por lo que le son aplicables las normas relativas a la prueba documental. Aclara el autor citado que es perfectamente posible realizar un aseguramiento de prueba de la historia clínica, aun antes de promovido el juicio, pero en tal caso “lo arreglado a derecho está conformado por la obtención de las copias respectivas, dejando en su lugar a la historia clínica comprometida. Dichas copias deberán ser certificadas por el funcionario judicial interviniente<sup>61</sup>”.

Nosotros pensamos que esta solución muchas veces resulta insuficiente pues cuando el paciente tiene acceso a la historia clínica, ésta puede haber sido fruto de algún cambio tendiente a favorecer la situación de la clínica o del médico. Además exige al paciente a que recurra a un abogado para que lo patrocine o represente, con todo lo que ello puede significar. Para evitar estos inconvenientes pensamos que una buena práctica —y muy aconsejable— sería que una vez que el paciente es dado de alta, se le entregue bajo recibo copia certificada de la historia clínica. Tratándose de estudios de difícil reproducción, la solución sería entregar copia del resultado o dictamen elaborado en base al mismo.

Sobre esto, y más particularmente en relación al alta médica, en España, la Exposición de Motivos de la Orden Ministerial de 6 de setiembre de 1984 establece que es una práctica generalizada en la casi totalidad de los hospitales suministrar una información escrita al paciente, familiar o representante en la que se recoge el motivo del ingreso y el proceso de la enfermedad durante el mismo, así como el diagnóstico y recomendaciones terapéuticas; esta información es denominada “informe de alta”. Esta práctica ha sido confirmada legalmente por la ley General de Sanidad en su art. 10.11. Fernández Costales dice que “el informe de alta, por tanto se adecua al derecho a la información de los pacientes, convirtiéndose también por su naturaleza en un documento que permite evaluar externa e internamente la calidad de la asistencia prestada en el establecimiento, siendo asimismo una información necesaria y utilizable para la continuidad de la asistencia al paciente dado de alta, bien sea por otros niveles de atención,

---

cautelar de las historias clínicas en Jurisprudencia Santafesina, Nº 14, noviembre de 1994, p. 159 y sigtes. Por nuestra parte coincidimos con Peyrano.

<sup>61</sup> PEYRANO, Jorge W., “Aseguramiento cautelar de las historias clínicas”, Jurisprudencia Santafesina”, Nº 14, p. 159 y siguientes.



fundamentalmente por el médico general, o en otros hospitales”<sup>62</sup>.

Frente a historias clínicas ilegibles o que resultan inexplicables incluso para los peritos, aconsejamos a los profesionales que las practiquen en la forma más prolija, detallada y exhaustiva. No se trata de volcar conocimientos o términos científicos en un lenguaje vulgar, sino que su lectura e interpretación realizada por cualquier médico permita tener una idea clara de todas las prestaciones y demás medios puestos a disposición del paciente.

Por ello resultan sumamente perjudiciales para los intereses del médico aquellas historias clínicas en las cuales es frecuente encontrar sin mayor explicación la palabra “óbito” o “fallece” a continuación de un tratamiento o intervención que no implicaba mayor riesgo. Así lo tiene decidido la jurisprudencia como lo veremos más adelante.

Es que los profesionales médicos deben acostumbrarse a pensar que la historia clínica ha dejado de ser propiedad exclusiva de ellos y absolutamente reservada. Ahora, además de la función fundamental que tiene asignada clásicamente esta documentación, también se constituye en un elemento básico para la efectivización de los derechos de los pacientes, y primordial medio de prueba en un juicio por responsabilidad civil médica.

En cuanto a los derechos del paciente sobre su historia clínica, Albanese y Zuppi, agregan que “incluye el derecho de dejar constancia de eventuales errores y de solicitar su modificación o la explicación de los mismos, así como el derecho a ser informado sobre cualquiera que haya solicitado su historia clínica, sea cual fuere el título invocado”<sup>63</sup>.

Por último, agregamos que en caso de muerte del paciente, los derechos de éste sobre la historia clínica se traspasan a sus herederos y a toda otra persona que pudiera tener legitimación activa en un eventual juicio por responsabilidad civil en el cual la historia clínica sirva de prueba.

Sobre todos estos aspectos los tribunales han dicho: “La historia clínica, ese documento médico, es la mejor fuente de información para evaluar la calidad de la atención médica brindada al paciente, siendo un derecho de éste que se deje constancia en el mismo de todo lo que se realiza, para entre otros supuestos, ser en su momento evaluado, determinando según su resultado el comportamiento médico desde diferentes ángulos, técnico, legal, administrativo (C. Civil y Com., sala 2ª, de Morón, 28/2/91, Juris, 87-168).

---

<sup>62</sup> FERNANDEZ COSTALES, Javier, “El contrato de servicios médicos”, p. 197, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

<sup>63</sup> ALBANESE, Susana y ZUPPI, Alberto L., “Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial”, LA LEY, 1989-B, 764.

## **La jurisprudencia**

Existen múltiples fallos, tanto en materia civil como penal, en los cuales se han tratado cuestiones relativas a la historia clínica, en particular, referidas a su validez probatoria y a los efectos derivados de su inexistencia o irregularidad.

Así por ejemplo, en el más alto nivel judicial de la provincia de Buenos Aires se ha sostenido que las historias clínicas no son informes periciales, ni por su forma ni por su contenido<sup>64</sup>.

En algunos fallos se restó importancia a las irregularidades que presentaba la historia clínica. En un caso concreto la historia clínica carecía de datos sumamente importantes tales como la constancia de la temperatura, frecuencia cardíaca y diuresis del recién nacido muerto. En la oportunidad, el tribunal sostuvo:

“En los casos en que se acciona por responsabilidad del médico, lo significativo no es el cumplimiento o no de determinadas reglas del arte médico —en el caso, omisiones en la historia clínica— sino si ellas pudieron o no tener gravitación en el desenlace fatal” (C. N. Civ., sala C, 23/8/79, LA LEY, 1979-D, 335).

“Si la historia clínica elaborada por el médico accionado es sumamente deficiente, al no reflejar la totalidad de las circunstancias que hubiesen permitido reconstruir con exactitud el cuadro clínico de la paciente, esa falencia, si bien podría constituir una presunción en contra del citado profesional, que aunada a otros elementos puede llevar a la convicción de la negligencia profesional, por sí sólo es insuficiente para establecer que no se practicaron las diligencias que el arte exigía, más aún si, como en el caso, el médico tratante tuvo consultas con otros del elenco estable de la clínica y el propio accionante reconoce la realización de análisis que estarían en su poder y que no presentó a juicio” (C.N.Civ., sala E, 26/8/87, del voto del doctor Dupuis, ED, 126-449).

Tratándose la historia clínica, de una documentación elaborada exclusivamente por el médico, la jurisprudencia le ha restado importancia como prueba decisiva cuando es ofrecida por éste en su descargo. Así por ejemplo:

“La historia clínica irregularmente confeccionada resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente a un cuadro general de graves, precisas y concordantes presunciones de conducta omisiva y deficiente del servicio de salud brindado por la entidad sanatorial demandada” (C.Civil y Com., San Isidro, sala 2ª, 4/5/90, JA, semanario del 25/9/91).

---

<sup>64</sup> Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires , 30/4/91, LA LEY, 1991-E, 479.

“Si la historia clínica describe la existencia de un parto normal cuando en realidad, de las otras pruebas rendidas en la causa surge que existió sufrimiento fetal, con aspiración de líquido amniótico meconial, que produjo a la postre la muerte de la recién nacida debe restarse valor probatorio a la misma. Ello así, por cuanto la historia clínica es un instrumento confeccionado por la propia parte accionada (es el médico quien la confecciona); luego los elementos que de ella surjan, en principio, requieren para quien lo hizo el respaldo distinto y corroborante que demuestre la verdad de lo allí estampado y escrito. En cambio, para la parte actora la misma constituiría una verdadera confesión extrajudicial, en los términos del art. 423 del Cód. Procesal” (C2ª Civil y Com. La Plata, 30/10/89, ED, 139-200).

Los fallos mayoritarios juzgan en contra del profesional ante la inexistencia de historia clínica o la presencia de irregularidades en la misma. Así lo recuerda Lorenzetti, cuando afirma que se ha llegado a afirmar que la falta de datos en la historia clínica, que es un recurso que muchas veces conduce a la imposibilidad de probar, constituye una violación al deber de colaboración procesal y conduce a un análisis desfavorable de la conducta del demandado<sup>65</sup>.

También Kemelmajer de Carlucci en un estudio de la jurisprudencia nacional expone que la prueba presuncional juega un rol importante, sobre todo, cuando se la extrae de una historia clínica mal llevada, o prácticamente inexistente<sup>66</sup>.

A continuación transcribimos reseñas de fallos en el sentido expuesto:

“En autos se probó fehacientemente que la historia clínica estaba plagada de deficiencias y de omisiones (sobre el tema cfr. Luna Maldonado, Aurelio, “Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario”, en algunas cuestiones relacionadas con la titularidad y uso de las historias clínicas, Ed. Asociación “Iguatorial médico quirúrgico y de especialidades”, Bilbao, España, 1987, p. 5 y sigtes., y De Angel Yagüez, Ricardo, “Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario”, ídem p. 13). Este hecho es imputable a todos los médicos que intervinieron directamente en la atención del menor y al médico jefe de guardia...Estas razones, que suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa que imponía a los demandados la prueba de su falta de culpa. Es más; el “*favor probationis*” o la “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, ante tal cúmulo de hechos y, a todo evento, se inclina —más allá de todo elemento presuncional— por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime que la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico”. (Del

---

<sup>65</sup> LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales” en el libro “Derecho de daños” en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, p. 527, Ed. La Rocca, 1989.

<sup>66</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica”, JA del 3/6/92.

voto del doctor Alberto J. Bueres, C.N.Civ., sala D, 24/5/90, LA LEY, 1991-D, 469).

“Frente al derecho del paciente a ser informado y a acceder a la historia clínica, surge como contrapartida la obligación del médico de llevar un correcto registro del tratamiento” (C.N.Civ., sala D, 12/5/92, “S, J.E. c. Entel”, ED del 14/10/92).

“Tratándose de la actuación de un profesional de la medicina no puede pensarse que los defectos de la historia clínica no puedan imputársele o sirvan para desobligarlo, por cuanto hace a su responsabilidad la correcta, eficiente y positiva prestación de sus servicios, para lo cual cuenta — dados los avances de la ciencia— con un equipamiento teórico y técnico cada vez más idóneo. En consecuencia la historia clínica debe imperiosamente contener una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se hayan practicado y, en caso de operación quirúrgica, una descripción plena de todos los síntomas que aconsejaron practicarla...Las omisiones en las anotaciones asentadas en una historia clínica deben ser valoradas en juicio como antecedentes contrarios a la posición del médico actuante en el acto quirúrgico, ello considerando que la exacta y veraz aportación de los datos demostraría acabadamente la existencia del cuadro que obligara a la realización de la intervención...Los profesionales de la medicina poseen el derecho de ampararse en una historia clínica veraz y completa. Asimismo, deben soportar las consecuencias adversas que pueden extraerse en caso de resultar la misma deficiente por cuanto las omisiones detectadas pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado” (C.N.Civ., sala J, 29/9/94, “G. de J. c. R.A.”, LA LEY, 1995-D, 550<sup>67</sup>).

“Constituye una presunción en contra del profesional la inexistencia de historia clínica o la existencia de irregularidades en la misma. En el caso, aquélla no consigna el diagnóstico, habiéndose dejado constancia de que el estudio arteriográfico no muestra malformaciones, lo que fue contradicho por el propio facultativo al declarar que aquél revelaba trombosis” (C.Civil y Com. Junín, “González, Julián c. Centro Médico de Chacabuco”, 15/12/94, Zeus, Boletín del 9/8/95).

“Si la historia clínica ostenta importantes omisiones, es una situación que en modo alguno puede perjudicar a la reclamante, pues reconocida la especial relevancia de los asientos médicos, el obrar omisivo de la demandada dificulta o entorpece a la actora para determinar la culpa del galeno. Es decir, se ha quebrantado un deber de colaboración del demandado en facilitar la prueba, sea del obrar culposo, fuese del obrar impecable, con lo que sólo él puede perjudicarse en ausencia de acreditación de uno u otro extremo, ya que el cumplimiento de la carga de la otra parte se vio obstaculizada por el accionar suyo, que de por sí es negligente, dado que le era exigible la

---

<sup>67</sup> Este fallo mereció un comentario de COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica”, LA LEY, 1995-D, 550.

aportación de datos para coadyuvar a la difícil actividad esclarecedora de hechos de la naturaleza de los que se trata, incumpléndose por otra parte el deber legal impuesto por la ley 17.132 (C.Civil y Com. Morón, sala 2ª, 10/4/90, del voto del doctor Conde, Juris, 87-168).

“Con lo que puede conocer la actora de las historias clínicas, con ello debe comenzar la ímproba tarea de acreditar la culpa médica de quienes la asistieron en el parto, practicaron la cesárea y le extrajeron el feto muerto. La situación procesal de los demandados, no puede limitarse a una simple negativa, tienen que explicar por qué motivo, no se la internó de inmediato, por qué razón se le practicó la cesárea, por qué murió el feto por falta de oxígeno. Los que llevaron a cabo la tarea, tienen el ineludible deber de detallar los pasos que se fueron dando, para la historia clínica, si ésta, como en autos, peca de insuficiente sobre aspectos esenciales, que impiden prácticamente a la perito actuante, pese a lo intenso de su labor explicar, tramos esenciales de la labor desarrollada en la clínica demandada, las omisiones y defectos que contiene deben incidir sobre las acciones del recurrente y no sobre la actora” (C. Civil y Com. Morón, sala 2ª, 10/4/90, del voto del doctor Venini, Juris, 87-168).

“En ausencia de historia clínica, cabe presumir que el paciente, que estaba sólo afectado de un oído, el izquierdo, y poco tiempo después sufre una otitis en el otro, las padeció como consecuencia de un tratamiento que sin duda se efectuó aunque su extensión se encuentre discutida. Es por la existencia de esta discusión que la carga de la prueba ha de considerarse invertida, ya que no es el paciente el que puede llevar documentadamente prueba de las prácticas a que se le somete, y sí el establecimiento asistencial a través de la historia clínica. Los médicos (las clínicas, los sanatorios) no están obligados a curar, pero deben respetar la regla de oro de la medicina ‘*primun non nocere*’. En ausencia de constancias circunstanciadas en la historia clínica, la prueba de que el tratamiento no tuvo la extensión pretendida, debió producirla la demandada” (C. N. Esp. Civil y Com., sala 2ª, 15/8/85, JA, 1986 -II-116).

“No cabe duda de la responsabilidad del cirujano y de la clínica donde ello ocurrió ante los siguientes elementos de juicio...; la absoluta irresponsabilidad que significa para la clínica codemandada haber entregado al esposo de la actora el original de la historia clínica careciéndose de un valioso elemento de prueba...La carencia de la historia clínica, cuyo original fue entregado al esposo de la paciente, sin extraer copia para archivar, lo que significa no contar con un elemento valioso de prueba en el juicio por daños y perjuicios deducido contra el médico y la clínica, debe perjudicar a ésta a quien le era exigible, como colaboración en la difícil actividad esclarecedora de hechos de la naturaleza de los que se tratan en esta clase de juicios” (C.N.Civ., sala E, 25/11/80, La Ley, 1981-D, 133).

“La carencia de la historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la responsabilidad médica y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración en la difícil actividad probatoria y

esclarecimiento de estos hechos” (C. Apel. Civil, Com. y Lab. Venado Tuerto, Santa Fe, acuerdo 31 del 14/4/92, inédito).

“Acá, conforme la doctrina citada como media inexistencia de toda documentación médica se debe presumir la culpa del mismo y tenerse como que no hubo emergencia alguna, o estado de necesidad previo a la operación, salvo la prueba en contrario a cargo del médico que como vimos, no se produjo” (C. Apel. Civil, Com. y Lab. Venado Tuerto, Santa Fe, acuerdo 31 del 14/4/92, inédito).

Existe un fallo muy interesante en el cual no se pudo determinar cuál fue concretamente la causa de la muerte de una paciente, incertidumbre que fue imputable al hospital en razón de no haber conservado —tal como era su deber— el correspondiente parte anestésico. El tribunal se encarga de expresar que el accidente pudo obedecer a causas naturales de la anatomía o fisiología de la paciente o a una mala práctica anestésica, cuestión que no pudo determinarse por faltar un elemento de juicio fundamental: El parte anestésico.

Una de las cuestiones más interesantes del fallo, y que el tribunal asume expresamente es lo relativo a la determinación del daño indemnizable. Es que a raíz de la falta del mencionado elemento, los peritos se vieron impedidos de emitir una opinión científica. Frente a ello el tribunal expresa:

“Podría afirmarse, acaso, que el hospital sólo debería responder por la pérdida de la prueba (una especie de chance) y no por pérdida de la vida. Dicha solución, que en un primer acercamiento al tema alguna seducción presenta, debe ser desechada en mi opinión porque, en supuestos semejantes —que parecen ser cada vez más frecuentes— bastaría a los sanatorios con ocultar la historia clínica o parte de ella para así disminuir el grado de su responsabilidad. En todos los casos, a la postre, los establecimientos asistenciales responderían por la chance de la prueba frustrada y no por la mala praxis —que sería una prueba diabólica sin la historia clínica— con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable (CNFed. Civil y Com., sala 2ª, 30/8/91, JA semanario del 29/4/92).

Respecto al tema específico de la responsabilidad del sanatorio por la falta del parte anestésico, el tribunal señaló:

“Entrando ya a definir la situación del estado —Hospital Aeronáutico— cabe señalar primeramente que por expresa disposición legal estaba obligado a custodiar el parte anestésico (art. 22, ley 17.132) y tenía la carga de aportarlo al expediente a fin de dilucidar la verdad de los hechos (art. 388, Cód. Procesal), resultando pertinente extraer de su omisión presunciones en su contra...La falta de ese elemento de prueba...cuya importancia destacó anteriormente en razón de la posibilidad de que el accidente se vinculara en forma directa con el tratamiento anestésico dispensado, justifica hacerlo responsable de los daños experimentados por los actores, en base a la presunción del art. 388 de la ley adjetiva, desde que una solución contraria

sería francamente disvaliosa. Por un lado dejaría en total estado de indefensión a los familiares de la víctima y, por otro, quedaría librado a la discrecionalidad del sanatorio o clínica la suerte de la contraparte al ser ocultada la constancia que puede tener decisiva influencia en el esclarecimiento de la verdad jurídica, norte de todo proceso, como lo tiene dicho la Corte Suprema” (CNFed. Civil y Com., sala 2ª, 30/8/91, JA semanario del 29/4/92).

Se advierte en consecuencia que si bien no se pudo establecer la responsabilidad de los médicos intervinientes por resultar imposible practicar una pericia médica en razón del extravío de la historia clínica, el sanatorio que tenía la responsabilidad de conservar la historia clínica fue condenado a pagar el 100 % de la indemnización, y no la mera pérdida de la chance <sup>68</sup>.

### **El verdadero alcance de las omisiones e irregularidades de la historia clínica.**

Como se ha visto hasta aquí, la jurisprudencia, en líneas generales, ha considerado que una historia clínica irregular, mal confeccionada, o lisa y llanamente la inexistencia de historia clínica importa un serio y grave indicio para tener por acreditada la negligencia profesional.

De esta manera y a través de la prueba de presunciones, esa historia clínica insuficiente se constituye en un indicio más que deberá ser tenido en cuenta por el tribunal a la hora de analizar las conductas de los profesionales.

Pero claro está, una simple falta en la documentación que venimos analizando no puede constituirse en prueba suficiente para tener por acreditada la culpa médica, y mucho menos la relación causal que es elemento de la responsabilidad distinto al factor de atribución.

Debe insistirse en esto último. No se puede confundir relación causal con culpabilidad; ambos son presupuestos distintos del deber de responder. En materia de responsabilidad civil médica, muchas veces se incurre en esta confusión. Ello tal vez obedece al hecho de que ambos presupuestos generalmente van estrechamente unidos. En este sentido, en la Sala 1º del Tribunal Supremo Español, “no faltan ocasiones en que la constatación del nexo causal y de la culpa van tan estrechamente engarzadas que su delimitación se convierte en una labor muy complicada. Precisamente como consecuencia de esta dificultad, el Tribunal Supremo ha confundido la relación de causalidad con la culpa, llegando a fundamentar sus fallos en una falta de negligencia cuando en realidad lo que ocurría es que no se daba el nexo causal entre el acto médico y el daño. Tal vez esto suceda porque como bien señala González Morán, la jurisprudencia pone más énfasis en el descubrimiento de la conducta culposa del agente que en establecer el nexo de causalidad” <sup>69</sup>.

Lo expuesto en el párrafo anterior fue claramente desarrollado en un

---

<sup>68</sup> Sobre la pérdida de una chance, ver el interesante trabajo de CHABAS, François, “La pérdida de una chance en el Derecho francés”, JA semanario del 7/12/94.

<sup>69</sup> Calixto DÍAZ REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ “El Régimen de la Prueba en la Responsabilidad Civil Médica” Edit. Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 250.

fallo de la Cámara Nacional Civil, a través de su Sala D con voto del Dr. Alberto J. Bueres.<sup>70</sup>

En la sentencia citada, Bueres explica que como paso previo al análisis de la culpabilidad de los demandados se hace necesario analizar la relación causal o de autoría. Si no se prueba el nexo causal entre la conducta del demandado y el resultado lesivo, se hace innecesario discurrir sobre el asunto de la culpa médica ya que el elemento subjetivo interesa para imputar jurídicamente (*imputatio iuris*) el daño al dañante o dañantes.

En el caso concreto, se comprobaron algunos defectos en la confección de la historia clínica. Ello tal vez hubiera podido ser un indicio en la demostración de la culpa galénica, pero insuficiente –a falta de otros elementos- para tener por acreditada la relación causal.

Es cierto que una historia clínica irregular es un fuerte indicio para tener por acreditada la culpa profesional a través del mecanismo de las presunciones, y ello a su vez puede constituir un primer paso para lograr una presunción causal.

Pero para que ese solo elemento tenga poder convincente debe estar conectado a otros indicios o presunciones.

Por ello, y como bien se expone en el fallo de la Sala D, “el criterio de probabilidad que debe tener en cuenta el juez, no se observa entonces, al ser el hecho de redactar una historia clínica con algunos defectos infértil para deducir de él un elemento vital –el de la causalidad de forma lisa y llana o, en su caso, el de la culpabilidad, y, a través de éste, el de la causalidad-.”

En resumidas cuentas, la doctrina que puede extraerse del fallo en cuestión, al que adherimos en su totalidad, es que una historia clínica irregular puede constituir un fuerte indicio para tener por presumida la existencia de culpa por parte de los profesionales intervinientes, más ello en principio no puede funcionar aisladamente, sino que se hace necesario conjugarlo con otros indicios cuya prueba deberá aportar también el accionante.

Lo mismo puede decirse de la relación causal pues como regla general, ésta no puede deducirse de la simple existencia de una historia clínica irregular. Ello sin perjuicio de la tesis de la creación injustificada de un estado de riesgo que en determinados casos puede servir como instrumento para aligerar la prueba de la relación causal.<sup>71</sup>

## **LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA PÉRDIDA DE LA CHANCE**

De la lectura de algunos fallos surge que el obrar negligente de los profesionales médicos impidió al paciente tener una mayor posibilidad de curación o probabilidad de salvar su vida. No obstante ello, al establecerse la cuantía indemnizatoria, no se tiene en cuenta que se está tan sólo ante la **pérdida**

---

<sup>70</sup> Cám. Nac. Civil, Sala D, 20 de octubre de 1998, “Alzuela de Mercau, Silvia c/ Fundación de Genética Humana y otros” publicado en El Derecho, diario del 10 de febrero de 1999 con nota de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA titulada “La insuficiencia de algunos defectos de la historia clínica como para tener acreditada la relación causal en la responsabilidad civil médica”.

<sup>71</sup> Ver de Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA “La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil –hacia un alivio de la carga probatoria-.” La Ley 1996-D-988.



**de una chance** y se manda a indemnizar el daño íntegramente, como si el profesional médico hubiera sido el autor directo del perjuicio final –muerte o enfermedad-. Algo así como que el médico “puso la enfermedad” en el paciente o es el causante de la enfermedad.

Este razonamiento, por cierto equivocado, que se advierte en muchas demandas por responsabilidad civil médica<sup>72</sup>, lamentablemente encuentra muchas veces eco en algunas sentencias, que en todo momento hablan de la pérdida de las probabilidades de curación (pérdida de la chance jurídicamente hablando), pero mandan a pagar el daño en su integridad, como si se hubiera probado en forma fehaciente la relación causal entre la conducta médica y la muerte del paciente. Como si el médico hubiera sido el autor de la muerte.

En estos casos de pérdida de una chance no se puede imputar causalmente al profesional el resultado final que padece el paciente pues en gran parte obedece a un proceso natural<sup>73</sup>. No obstante ello, muchas veces los tribunales en forma equivocada al analizar el capítulo de los daños indemnizables, pasan por alto el hecho de que se está sólo frente a la pérdida de una chance y se manda indemnizar el daño íntegro.

Explica Trigo Represas que "la pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; tratándose de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal, que ya no se podrá saber si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél; o sea que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y en contra de obtener o no cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le ha

---

<sup>72</sup> No son pocas las demandas en las que aún tratándose de una pérdida de chance, la parte actora reclama como indemnización el total de los daños sufridos, sin tener en cuenta que no existe relación de causalidad pues como quedará explicado en este trabajo, sólo corresponde resarcir la pérdida de la chance. Pero ello no es todo, es también común ver demandas absolutamente disparatadas en cuanto a los montos reclamados. Tal vez ello sea consecuencia de un abuso por parte de los actores del beneficio de litigar sin gastos. En el ejercicio profesional nos ha tocado contestar varias demandas de casi tres millones de pesos, en las cuales, no sólo se estaba ante la pérdida de una chance, sino que además esa chance era realmente ínfima, o en el peor de los casos, el daño sufrido por el paciente era de menor importancia. Y ni mencionar los casos en los cuales se pasa por alto toda la regulación que nuestro Código Civil hace en cuanto a la legitimación activa de las víctimas, ya sea directas o indirectas y tanto por daño moral como patrimonial. No es extraño ver reclamos por daño moral planteados por hermanos o sobrinos, ignorando en forma grosera lo dispuesto en el art. 1078 C.C. Nos ha tocado ver de cerca un caso en el cual un sobrino reclamaba indemnización por daño moral por la muerte de la tía. Como el sobrino no es heredero forzoso se opuso una excepción de falta de legitimación activa. El juez corrió traslado de la defensa y la actora no tuvo mejor idea que contestarla cambiando todos los términos de la demanda original. Pretendió argumentar que en realidad era la madre de la fallecida quien reclamaba y que lo del sobrino había sido una simple mención para que el Juez cuantifique el daño. Con muy buen criterio, el tribunal de oficio ordenó el desglose del escrito presentado por la actora en respuesta a la excepción de falta de legitimación por considerar que el ordenamiento procesal no contempla la contestación a la contestación de la demanda. Bien indicó el Juez que la actora debía limitarse a contestar la excepción y no cambiar sustancialmente los términos de la demanda. Como vemos, todas estas situaciones requieren un activismo judicial que sepa poner límites a los abusos que se esconden detrás del beneficio de litigar sin gastos.

<sup>73</sup> Recomendamos la lectura del fallo de la Cám. Civ. Y Com. De Bahía Blanca, Sala 1° del 3/12/98 en autos “Urzúa, C. C/ Asociación Italiana” publicado en Jurisprudencia Argentina, semanario del 1/9/99.

impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades".<sup>74</sup>

"La chance es la posibilidad de un beneficio probable futuro que integra las facultades de actuación del sujeto, conlleva un daño aun cuando pueda resultar dificultosa la estimación de su medida. En esta concurrencia de factores pasados y futuros, necesarios y contingentes existe una consecuencia actual y cierta. A raíz del acto imputable se ha perdido una chance por la que debe reconocerse el derecho a exigir su reparación. La doctrina aconseja efectuar un balance de las perspectivas a favor y en contra. Del saldo resultante se obtendrá la proporción del resarcimiento... La indemnización deberá ser de la chance y no de la ganancia perdida."<sup>75</sup>

En el terreno médico el profesor francés Chabas ejemplifica con un caso típico: "Una mujer sufre hemorragias uterinas. El médico consultado no diagnostica cáncer, no obstante signos clínicos bastante netos. El médico se obstina. Cuando la paciente finalmente consulta a un especialista es demasiado tarde: el cáncer de útero ha llegado a su estadio último. La enferma muere. No podría decirse que el primer médico mató a la paciente. Ella hubiese podido, aún tratada a tiempo morir de cualquier manera (la estadística da el coeficiente abstracto de chances de curación de un cáncer tomado en su origen). Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se podría ni siquiera decir que la culpa del médico ha sido una condición *sine quanon* de ella. Pero obsérvese que la paciente, comprometida en un proceso de muerte, tenía chances de sobrevivir y la culpa médica hizo perder esas chances... También se trata de chances perdidas cuando un enfermo tiene posibilidades de sanar mediante un tratamiento o una operación correcta. La estadística, evidentemente abstracta, indica cuáles son esas chances. Por culpa del médico, por ejemplo, por un error en la operación, la enfermedad deviene definitiva. **En todos estos casos, la situación final (muerte, enfermedad definitiva) no puede serle imputada al agente, porque hay dos causas posibles: una causa natural o su culpa, y no se sabe cuál es la verdadera... Cuando el perjuicio es la pérdida de una chance de supervivencia, el juez no tiene la facultad de condenar al médico a pagar una indemnización igual a la que se debería si él hubiese realmente matado al enfermo**".<sup>76</sup>

En muchos de estos casos lo que lamentablemente mató al paciente fue su propio estado de salud y no el accionar médico, aún cuando este haya sido negligente.

Señala con acierto Tanzi que "en cuanto a la responsabilidad profesional y la responsabilidad médica en particular, se plantea con claridad la pérdida de chance. La omisión de atención adecuada y diligente por parte del médico al paciente puede significar la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar. Resulta indudable que una situación de esa naturaleza configura una pérdida de chance, daño cierto y actual **que requiere causalidad probada entre**

---

<sup>74</sup> Félix Alberto TRIGO REPRESAS "Reparación de daños por mala praxis médica" Edit. Hammurabi, pág. 241.

<sup>75</sup> Silvia TANZI "La reparabilidad de la pérdida de la chance" en la obra colectiva "La Responsabilidad" libro en homenaje al Prof. Dr. Isidoro Goldenberg, Edit. Abeledo Perrot, pág. 330.

<sup>76</sup> Francois CHABAS "La pérdida de una chance en el Derecho francés" publicado en J.A., semanario del 7/12/94.

**el hecho del profesional y un perjuicio que no es el daño integral sino la oportunidad de éxito remanente que tenía el paciente".<sup>77</sup>**

En resumidas cuentas, cuando el daño consiste en la pérdida de una chance de supervivencia, el tribunal no puede condenar al profesional a pagar una indemnización equivalente a la que se debería si él hubiese realmente "matado" al enfermo. Es que el médico no "puso" la enfermedad en el paciente sino que simplemente no contribuyó a tratar de detener a ésta. El límite de su responsabilidad estará dado por la pérdida de la chance de curación y no por el desarrollo definitivo de la enfermedad.

Por ello lo que correspondería determinar –en el peor de los casos- a los efectos de la indemnización es la chance de curación o de sobrevida que le fue privada al paciente por el accionar eventualmente irresponsable del demandado. Pero siempre teniendo en cuenta que la muerte, igual pudo haber ocurrido en tiempo más o menos prematuro a causa del mal preexistente.

Obviamente que la indemnización por pérdida de chances será siempre inferior a la que corresponda al padecimiento final que sufre el paciente como consecuencia del desarrollo de la enfermedad que lo aqueja.

En estos casos, el dictamen pericial cobra singular importancia, sobre todo en cuanto deberá determinar cuál era la expectativa de curación que tenía el paciente de no haber existido negligencia por parte de los médicos.

Todos estos principios han sido muy bien aplicados en una reciente sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional Civil con voto del Juez Alberto J. Bueres. Se trata de la sentencia de fecha 26 de febrero de 1999 dictada en autos "BUZAGLO, P. I. c/ R., M.". En el caso concreto se trataba de una paciente que murió como consecuencia de un cáncer, el que no había sido diagnosticado en forma correcta. El cirujano le había extraído a la paciente un nódulo de los pechos, el que fue remitido al anatomopatólogo para su análisis histológico. El anatomopatólogo elaboró su informe que fue entregado en propias manos a la paciente. El resultado era un fibroadenoma (tumor benigno)<sup>78</sup>.

A tenor de ese resultado, el cirujano controló periódicamente a la paciente. Al tiempo, se descubre que la paciente tenía cáncer (que en definitiva le terminó provocando la muerte).

También se descubrió que el anatomopatólogo había elaborado un segundo informe con diagnóstico de cáncer, el que envió al sanatorio donde la paciente era tratada. Recibido este segundo informe por el personal del sanatorio, se corrigió el protocolo cambiándose el primer informe por el segundo que tenía como resultado la presencia de un tumor maligno.

En el caso quedó probado que el anatomopatólogo no tomó la precaución –dada la gravedad del caso- de comunicarse con el cirujano que atendía a la paciente para reportarle el error del primer informe diagnóstico.

Quedó probado que cuando se entregaban estudios en la sede del sanatorio, éstos no eran remitidos al médico o paciente. Esta conclusión demostró una verdadera falla del sistema o falta del servicio que hace responsable a la entidad asistencial. Se trata de supuestos en los cuales la organización

---

<sup>77</sup> Silvia TANZI "La reparabilidad de la pérdida de la chance" op. Cit. Pág. 333.

<sup>78</sup> Hemos comentado el fallo en cuestión en el ejemplar de La Ley del 3 de noviembre de 1999 bajo el título "Responsabilidad civil médica: Error en el diagnóstico patológico. Valoración de la culpa profesional. Pérdida de la chance como daño indemnizable y otras interesantes cuestiones". En el mismo ejemplar se publica íntegramente el fallo en cuestión.

empresarial debe responder aún cuando no se llegue a individualizar al responsable personal.<sup>79</sup> El tribunal –con acertado criterio- consideró inadmisibles que en un sanatorio se reciban informes médicos de vital importancia –como es el resultado de una biopsia- y estos queden en manos de personal administrativo sin que se entreguen en forma inmediata al médico tratante. De haberse organizado correctamente el servicio sanatorial, el segundo informe remitido por el anatomopatólogo al sanatorio, tendría que haber llegado en forma inmediata a manos del cirujano, quien hubiera podido actuar con otro tipo de terapia adecuada al mal que padecía la paciente. Al no contar con el segundo informe –que daba cuenta de la malignidad de la enfermedad- mal pudo encarar un tratamiento para su cura, lo que en definitiva se tradujo en una real pérdida de chance de curación de la paciente.

Ahora bien, el tribunal consideró con buen criterio que la paciente tenía cáncer de mama, lógicamente no atribuible a la acción médica. Y lo que se discurre en tal supuesto, en lo que hace al establecimiento de los daños, es la chance de curación o de sobrevida de la que fue privada la paciente por el accionar médico. Pero solo se trata de eso, de la pérdida de la chance, pues absolutamente nadie puede asegurar que de haber sido correctamente atendida hubiera salvado su vida. En palabras del tribunal, lo que corresponde resarcir es solo la pérdida de la chance de sobrevida ocasionada por una muerte acelerada, pero que también pudo haber ocurrido –o no- en tiempo más o menos prematuro, a causa del mal preexistente.

Obviamente que en tales condiciones, el monto indemnizatorio otorgado se vio sustancialmente reducido conforme la chance perdida, y teniendo muy en cuenta el mal que aquejaba a la paciente. En otras palabras, la indemnización no corresponde fijarla en lo que comúnmente se conoce como valor vida, sino tan sólo respecto de esa pérdida de chance.

Lo expuesto también ha sido tenido en cuenta en fallo de la Sala E de la Cámara Nacional Civil de fecha 14 de junio de 2.000. En el caso, el tribunal sostuvo: “si bien no dudo de que las horas transcurridas en el Hospital Argerich agravaron o complicaron el cuadro y la evolución de la paciente –lo que también se desprende de las estadísticas de mortalidad arrojadas por los expertos- forzoso resulta reconocer que no está acreditado, en forma inequívoca, que aquélla efectivamente hubiera sobrevivido de haber actuado los médicos del citado centro asistencial de manera diligente. Sin embargo, el reproche que aquí se realiza consiste en habersele privado a la menor de la probabilidad de superar el cuadro por el que atravesaba, a partir de haber quedado patentizado en autos que no hubo atención médica apropiada. O sea, se trata de una atribución de responsabilidad que se funda en la ausencia de controles, exámenes y tratamientos a los que debió necesariamente ser sometida la menor, privándosele así de la oportunidad de sortear diligentemente el cuadro que representa”.<sup>80</sup> En el caso se otorgó una indemnización a título de chance.

En otros casos, la propia enfermedad de la víctima fractura enteramente el nexo causal. En esta situación Dora Gesualdi, en sentencia de fecha 4 de febrero de 2.000 consideró que se está frente a un verdadero hecho de

---

<sup>79</sup> Ver Aída Kemelmajer de Carlucci “Daños causados por los dependientes” Edit. Hammurabi, pag. 36.

<sup>80</sup> Cámara Nacional Civil, Sala F, 14 de junio de 2.000 “R.,G c/ M.C.B.A.” publicado en La Ley, diario del 23 de mayo de 2.001.

la víctima, generado por su enfermedad de base que fractura el nexo causal, y por lo tanto no media responsabilidad alguna de la institución ni de los médicos demandados.<sup>81</sup>

Finalmente, y en lo referido a las indemnizaciones que se otorgan en juicios de responsabilidad civil médica, tampoco puede perderse de vista que en muchos casos, el paciente concurre a la atención profesional portando ya una severa incapacidad.

Así por ejemplo un paciente al que como consecuencia de una grave dolencia se le ha extirpado el bazo, se le hacen constantes transfusiones sanguíneas, padece una situación de debilidad manifiesta. Supongamos que en una de las transfusiones se le suministra sangre infectada ( VIH, hepatitis, etc.) . No cabe duda que existirá responsabilidad civil por el contagio de la enfermedad (en la medida en que quede patentizada la culpa y la relación causal).

Ahora bien, esa nueva enfermedad produce un grado de incapacidad tal vez mayor a que ya tenía, pero de la incapacidad definitiva deberá descontarse la que el paciente ya padecía como consecuencia de su propia enfermedad.

La cuestión fue analizada y bien resuelta por el Dr. Jorge Alterini en un fallo de la Sala C de la Cámara Nacional Civil.

En el caso se trataba de una infección intrahospitalaria sufrida por un paciente que fue sometido a una intervención quirúrgica. Pero en el expediente existían dictámenes periciales acerca de la ineptitud física de la que adolecía la víctima luego de sufrir la infección, la que se ubicaba entre un 75 y 80%. El Tribunal consideró que “de la incapacidad física total debe deducirse la que ya sufría el actor al tiempo de ingresar en la clínica demandada para someterse a tratamiento quirúrgico. Dice la experta neuróloga que presentaba un canal estrecho cervical, con un cuadro de espondioartrosis, al que se agrega una discopatía C4 C5 y C6. Si no se hubiera operado el cuadro se agravaría progresivamente, llevándolo a la cuadriplejía. Presentaba en el momento de la operación una incapacidad parcial y permanente entre el 50 y 55%.... Si el actor portaba una incapacidad del 50 al 55% antes de asistirse en la clínica demandada, si se supone que una intervención exitosa sin complicaciones infecciosas hubiera reducido la ineptitud a la mitad, puede inferirse que el grado de incapacidad concatenado con la responsabilidad de la demandada llega a un 50%”.<sup>82</sup>

## **Dr. Roberto A. Vázquez Ferreyra**

---

<sup>81</sup> Sentencia de la Juez Civil N° 5 de la Capital Federal Dora Gesualdi de fecha 4 de febrero de 2.000 en autos “Zarraga, María c/ Centro Gallego de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”. La sentencia de primera instancia fue confirmada por la Sala I de la Cámara Nacional Civil, en fecha 6 de marzo de 2.001, Acuerdo 7/01.

<sup>82</sup> Cámara Nacional Civil, Sala C 5/9/2000, “Parisi, Roberto c/ G., J.” Jurisprudencia Argentina semanario del 4 de abril de 2001.