

APROXIMACIONES A LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL 4.0

Desafíos planteados por la normativa emergente sobre responsabilidad civil médica del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina 4.0¹

Approaches to medical civil liability in the Industrial Revolution 4.0

Challenges posed by the emerging regulations on medical civil liability of the civil and commercial code of the nation in Argentina 4.0

Carlos A. Fossaceca (h)^{2,3}

Recibido: 23 de junio de 2020

Aprobado: 19 de julio de 2020

Resumen: El presente trabajo versa sobre los aspectos más destacados de la responsabilidad médica. Contiene los lineamientos tradicionales, tales como el encuadre de la medicina como profesión liberal y la situación legal

1 El presente trabajo se integra en la nómina de trabajos académicos del Programa IUS sobre Investigación Jurídica Aplicada de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), sobre “Responsabilidad civil en la Revolución Industrial 4.0 – Impacto de la normativa sobre responsabilidad civil del Código Civil y Comercial en la Era Digital 4.0”, que co-dirigen el Dr. Emiliano Carlos Lamanna Guñazú y el Dr. Juan Darío Veltani, junto a un grupo de destacados juristas que los acompañan. Al mismo tiempo, se integra también al Programa IUS de la citada universidad sobre “Prevención y Derecho de Daños. Impacto de las reglas del *compliance* en la dinámica obligacional. Gestión de riesgos en actividades especialmente peligrosas”, con la dirección del Dr. Fernando Alfredo Ubiría, junto a un grupo de prestigiosos juristas que llevan adelante el mismo.

2 Abogado, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina. Profesor de Obligaciones y Daños, Pontificia Universidad Católica Argentina y Ex Profesor de Derechos Reales de la Universidad del Salvador, Pilar, Buenos Aires, Argentina, a cargo de la cátedra de Derecho Civil IV. Autor de numerosos artículos de doctrina. Correo electrónico: fossaceca_carlos@yahoo.com.ar.

3 Dedicado a la profesora Silvia Yolanda Tanzi, quien me enseñara los principios de Obligaciones y del Derecho de Daños.

de las clínicas y hospitales, y un análisis de supuestos actuales desarrollados en el orden de eventos conocidos con el nombre de Revolución Industrial 4.0. Se ha ponderado de manera especial la gravitación del actual Código Civil y Comercial de la Nación argentina en dicho tema; en particular, se ha focalizado la indagación en los presupuestos de la responsabilidad civil, verbigracia, relación de causalidad, factores de atribución y la teoría de las cargas dinámicas. Simultáneamente, la última parte del trabajo se dedica a la explicación de ciertas hipótesis de la medicina en la sociedad digital: inteligencia artificial, uso de robots, telemedicina, medicina genómica y el empleo de la nanotecnología.

Palabras clave: Responsabilidad civil médica; Revolución Industrial 4.0; Inteligencia artificial; Telemedicina; Medicina genómica; Nanotecnología.

Abstract: This article deals with the most outstanding aspects of medical liability. It contains traditional ideas, such as the framing of medicine as a liberal profession and the legal situation of clinics and hospitals, and an analysis of current situations developed in the order of events known as Industrial Revolution 4.0. The gravitation of the current Civil and Commercial Code of the Argentine Nation in the mentioned subject has been specially considered; in particular, the investigation has been focused on the requirements of civil liability, for example, causation, grounds of liability and the theory of dynamic loads. Simultaneously, the last part of the article is destined for explaining certain hypotheses of medicine in the digital society: artificial intelligence, the use of robots, telemedicine, genomic medicine and the use of nanotechnology.

Keywords: Medical civil liability; Industrial Revolution 4.0; Artificial intelligence; Telemedicine; Genomic medicine; Nanotechnology.

Sommario: Questo lavoro si occupa degli aspetti più importanti della responsabilità medica. Contiene le linee guida tradizionali, come la definizione della medicina come professione liberale e la situazione giuridica di cliniche e ospedali, e un'analisi delle ipotesi attuali sviluppate nell'ordine degli eventi noto come Rivoluzione industriale 4.0. La gravitazione dell'attuale Codice Civile e Commerciale della Nazione Argentina su questo tema è stata pesata in modo speciale; In particolare, l'indagine si è concentrata sulle ipotesi di responsabilità civile, ad esempio causalità, fattori di attribuzione e teoria dei carichi dinamici. Contemporaneamente, l'ultima parte del lavoro è dedicata alla spiegazione di alcune ipotesi di medicina nella società digitale: l'intelligenza artificiale, l'uso dei robot, la telemedicina, la medicina genomica e l'uso delle nanotecnologie.

Parole chiave: Responsabilità medica; Rivoluzione industriale 4.0; Intelligenza artificiale; Telemedicina; Medicina genomica; Nanotecnologia.

Para citar este artículo:

Fossaceca, C. A. (2020). "Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0. Desafíos planteados por la normativa emergente sobre responsabilidad civil médica del Código Civil y Comercial de la Nación en la Argentina 4.0". *Prudentia Iuris*, N. 90, pp. 117-158
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.90.2020.pp.117-158>

I. Introducción

El nuevo milenio presenta nuevos paradigmas, consecuencia de circunstancias y factores que irrumpieron en el siglo XX y proyectaron sus frutos en el Tercer Milenio.

Uno de los aspectos más destacados de tal elenco finca en la exaltación de la *dignidad* del Ser Humano⁴, tal como se constata con la lectura del artículo 51 del Código Civil y Comercial⁵. La salud, en consecuencia, se torna objeto de una extrema y cuidadosa ponderación.

Prueba de lo afirmado se trasunta en diversas disposiciones recogidas en tratados internacionales. Resultando de importancia primigenia para nuestro país los artículos VII y XI de la *Declaración Americana de los Derechos del Hombre*; el artículo 4º de la *Convención Americana de Derechos Humanos*; los artículos 3º, 8º y el 25 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; el artículo 12 del *Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; los artículos 6º y 24 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y los artículos 6º, 23, 24 y 26 de la *Convención de los Derechos del Niño*, entre otros. Desempeñando la función de fuentes del Derecho argentino⁶, siendo muy habitual referirse a estos como el *bloque constitucional de los tratados*.

4 "La dignidad humana implica el necesario reconocimiento de que todos los seres humanos, iguales entre sí, son titulares, ontológicamente hablando, de una igual dignidad y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales", Gross Espiell, H. (2003). *La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos*. México. PNUD, 13.

5 Artículo 51 del Código Civil y Comercial de la Nación: "Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad".

6 Véase Fossaceca, C. A. (2012). "Tratados Internacionales, Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos como fuentes modernas del ordenamiento jurídico argentino

Tampoco cabe soslayar la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional, que –en su parte pertinente– versa sobre el tópico en cuestión: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”⁷.

Imbuido del espíritu de la posmodernidad, la medicina no ha sido ajena a los cambios ocurridos en los últimos tiempos⁸. En sus orígenes, se estimaba que su fin radicaba en el *arte de cuidar*. Más adelante, se erigió la concepción clásica: la finalidad de esta rama del saber consiste en la *sanación* de una *persona enferma*. En la actualidad, se ha ampliado el campo de acción, como consecuencia del asombroso desarrollo de la medicina: la cirugía estética ha conducido a que se discuta sobre novedosas nociones, por ejemplo, la *medicina modificativa*.

Fenómeno similar ha afectado al Derecho. Los viejos odres creados en la antigüedad por la incesante labor de los pretores y la sapiencia de los jurisconsultos, como Gayo, devienen insuficientes para contener los institutos típicos del siglo XXI. Harto difícil resulta que Ulpiano o Vélez Sarsfield, el “Cicerón de la República”, como solía referirse el siempre recordado Profesor Guillermo Allende, pudieran haber concebido la figura de la *relación de consumo*; en rigor de verdad, la literatura jurídica argentina hubo de esperar para ello la pluma del Profesor Roberto López Cabana, que trazó las primeras huellas del camino a seguir a fines de la década de los setenta.

Los *nuevos perfiles* que se contemplan en el Tercer Milenio encuentran un vasto ámbito de desarrollo en la responsabilidad civil. No resulta posible sostener intelectualmente que el Derecho de Daños se mantenga impasible ante los avatares de las novedosas circunstancias que han suscitado un nuevo escenario, la *Revolución Industrial 4.0*.

Irrumpen en escena vocablos que antaño los operadores jurídicos no utilizaban: *inteligencia artificial*, *derecho robótico*, *blockchain*, *smart contracts*, entre otros.

Tampoco es ocioso señalar que igual suceso ocurre en la misma columna vertebral del ordenamiento jurídico: verbigracia, principios arraiga-

del siglo XXI (su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012)”. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/tratadosinternacionales-corte-comision.pdf>.

7 El destacado no pertenece al original.

8 Lorenzetti, R. L. “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”. *La Ley online*, AR/DOC/11834/2001, Punto III, 2.

dos en la tradición histórica, que provocaban la tajante separación entre Derecho Público y Privado, han vuelto confusos sus límites⁹. La sanción y promulgación de leyes no sólo es el fruto de un procedimiento donde interviene el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, sino que debe constituir el *consenso* de diálogo entre los diversos sectores de la comunidad.

El cuerpo normativo que disciplina las relaciones *interindividuales* por antonomasia se encuentra en el Código Civil y Comercial de la Nación. El anterior modelo, producto de la labor de Vélez Sarsfield, fue redactado de acuerdo a modelos de su tiempo, los códigos decimonónicos, que, siguiendo la manda de su época, exaltaban las *facultades individuales* y los *aspectos patrimoniales*, relegando a un segundo plano las cuestiones *extrapatrimoniales* de la persona humana. Su longeva subsistencia, actualmente perimida, se explica en virtud de la reforma realizada a su articulado en el año 1968, por la Ley N° 17.771; muchos de los institutos receptados en aquella oportunidad obedecieron a la incesante labor desplegada por Guillermo Borda.

Cabe colegir que la República Argentina ha cumplido un ambicioso proyecto: realizar la tan ansiada *modernización* del Derecho Privado. Teniendo tal norte fue designada por el Poder Ejecutivo Nacional una Comisión Redactora, presidida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, e integrada por Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci. Fruto de tal labor se produjo el Anteproyecto de Código Civil y Comercial Unificado¹⁰, que fue objeto de aprobación por el Honorable Congreso de la Nación Argentina en el año 2014 a través de la Ley N° 26.994, tras ciertas modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional.

Merced al mentado acontecimiento, se torna posible llevar a cabo un estudio de la responsabilidad médica en el ámbito de la *Revolución Industrial 4.0*, contando con un moderno cuerpo de Derecho Común; merecen especial atención los preceptos que integran el Título V del Libro Tercero.

9 Véase Lorenzetti, R. L. “Sistema de Derecho Privado actual”. *La Ley online*, AR/DOC/15848/2001.

10 Tal aspiración motivó que el Profesor Ricardo L. Lorenzetti, en la presentación del Proyecto expresara: “[...] Lo importante es que este Proyecto respeta los grandes lineamientos de los anteriores y de la doctrina argentina [...] Sólo hace falta que tengamos la grandeza y la madurez que reclama nuestro pueblo [...]”. Ahondando en sus pensamientos, ha remarcado en su discurso, en el marco de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, celebradas el 25, 26 y 27 de octubre de 2012, que por primera vez en la historia del Derecho argentino se ha elaborado una obra que ha recogido el abundante trabajo de más de cien eximios juristas, siendo el fruto de “un proceso integrativo de conocimiento colectivo”.

II. Presentación de los planteos a investigar

Los médicos desempeñan roles de mucha importancia en el campo de la salud. Múltiples facetas involucran su actividad: la debida relación con su paciente, el *consentimiento informado*, la *libertad de conciencia* y los *derechos personalísimos* son una pequeña enumeración de tal elenco. Lo que nos impulsa, naturalmente, a interrogarnos:

- A. ¿Qué es la responsabilidad médica? ¿Cuáles son sus principales características?
- B. ¿Qué grado de responsabilidad les atañe a los sanatorios, clínicas y hospitales?
- C. ¿Resulta suficiente a los criterios modernos la regulación del actual Código Civil y Comercial? ¿Qué novedades presenta tal cuerpo de leyes en este campo?
- D. ¿Cuáles son los aspectos médicos más sobresalientes de la Revolución Industrial 4.0?

III. Metodología

A fin de obtener un desarrollo cabal del tema, se analizarán en forma *sucesiva* los puntos de los planteos previamente descriptos.

Para entender mejor el concepto de responsabilidad médica, será menester indagar de forma propedéutica acerca del género al cual pertenece, responsabilidad profesional, y qué características presentan las profesiones liberales.

Se ponderará, en particular, la situación del médico anestesista, que ha sido objeto de atención por parte de la doctrina foránea y vernácula, y especialmente, su relación con el cirujano o jefe del equipo médico.

Por último, se deberán ponderar las facetas más peculiares de la Revolución Industrial 4.0 y su incidencia en la responsabilidad médica.

Se torna, en consecuencia, insoslayable recurrir a veces a criterios tradicionales y en otras ocasiones a modelos disruptivos para ahondar en la investigación.

III.1. Profesión liberal

Tradicionalmente ha sido *categorizada* la medicina como una especie de ella. Presenta ciertas peculiaridades¹¹:

11 Tanzi, S. "La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial

- Habitualidad: constituye el acaecer cotidiano del sujeto.
- Autonomía técnica, propia del saber especializado: verbigracia, el conocimiento médico es ciertamente complejo y presenta ribetes particulares que lo distinguen de otra ciencia.
- Sometimiento a normas técnicas y a un régimen disciplinario: se deben cumplir ciertos procedimientos y los colegios profesionales a través de sus tribunales de disciplina se encargan de vigilar las infracciones éticas.
- Reglamentación a instancias de ejercer el poder de policía: compete al Estado nacional o provincial reglar cuestiones vinculadas con el ejercicio de las profesiones¹².
- Habilitación: en miras de poder llevar a cabo una debida fiscalización, el profesional debe contar con una matrícula.
- Presunción de onerosidad: resulta ser de índole *hominis*.

Cierta doctrina nacional entiende que debe adicionársele a este listado una característica observada desde el ángulo contrario, la perspectiva del cliente: la *inferioridad* de los profanos frente al conocimiento técnico del especialista¹³.

III.2. Noción de responsabilidad profesional

Ha sido descripta como “aquella en que pueden incurrir quienes ejercen una determinada profesión (médicos, arquitectos, contadores, abogados, etc.), al faltar a los deberes específicos que la misma le impone. En resumen, el profesional responde porque despliega, en concreto, una conducta no acorde con los principios reguladores de su estatus, que no son sino los relativos a su respectiva *lex artis*, o conjunto de prescripciones que marcan las pautas de ejercicio de cada profesión”¹⁴.

Expresado de distinta manera, es aquella en la que incurren determinados *profesionales liberales* en orden a la infracción de los deberes especiales que su arte o ciencia les imponen.

de la Nación”. Derecho Privado. Reformas del Código Civil II. Obligaciones y Responsabilidad. Año 1, Número 3, 171.

12 Por ejemplo, la Ley N° 27.423 regula los honorarios de los abogados y procuradores que se desempeñan en el ámbito de la justicia nacional.

13 Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. (2000). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 783, n° 1841 bis.

14 Lafaille, H. (2009). *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Actualizado por Bueres, A. J. y Mayo, J. A. Tomo II. Provincia de Buenos Aires. La Ley-Ediar, 760, n° 1303 bis.

Indudablemente constituye un *capítulo especial* del ámbito del Derecho de Daños. No hay razón de peso para rechazar la concurrencia de los cuatro requisitos básicos: *antijuricidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución*.

Tal es la razón de que se haya dedicado expresamente el artículo 1768¹⁵ del Código Civil y Comercial para su regulación.

III.3. La medicina como actividad humana

El apuntado ámbito consiste en un área de la conducta humana contingente, susceptible de equívocos. Se encuentra *influenciada* por dos polos: el *menor error posible* y el *mayor beneficio probable*.

Ha sido definido¹⁶ el llamado “error en Medicina” de la siguiente manera: “[...] acción desacertada o equivocada que sucede en el ejercicio de la ciencia o arte de precaver o curar las enfermedades del cuerpo humano y se vincula con el error en el proceso de atención médica”. Especifican los autores que “el error depende de dos tipos de fracaso: una acción concreta no resulta como se preveía (error de ejecución) o una acción intentada simplemente no era la correcta (error de planeamiento)”.

Siguiendo estas pautas, la *responsabilidad médica* acaece en aquellas *hipótesis* en que la falta de tratamiento o el error de diagnóstico obedecen a la carencia de las medidas adecuadas que se pudieron haber adoptado o a una calificación superficial e inexacta practicada por el galeno. Deben ser ponderadas en función del estado del enfermo y las circunstancias particulares, verbigracia, los síntomas que trae aparejada la dolencia.

Recae sobre el profesional de la salud el deber de *extremar* los *recaudos* para arribar a un diagnóstico verdadero, mediante el empleo adecuado de los recursos que la ciencia y práctica médica ponen a su alcance.

15 Artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

16 Piñeiro, D. y Ferreres, A. (2009). “El error en la práctica médica”. *La prueba científica y los procesos judiciales*. Coordinadora: Iñigo, D. B. T. II. Buenos Aires. La Ley, 4-5.

III.4. Responsabilidad médica

III.4.A. ¿A qué género de responsabilidad pertenece?

Dalmacio Vélez Sarsfield se inclinó por configurar dos ámbitos, responsabilidad *contractual* y *extracontractual*, con la posibilidad de recurrir a las reglas jurídicas de la segunda estando en el ámbito de la primera, si se cumplía la hipótesis del artículo 1107¹⁷ del Código Civil (*opción aquiliana*).

La mayoría de la doctrina observaba que a pesar de ciertas diferencias, algunas *irreconciliables*, no se encontraba una causal de envergadura que obstase a sancionar un régimen común^{18, 19}: a) *Génesis*: el origen de la responsabilidad contractual se encuentra focalizado en una obligación preexistente no satisfecha, la extracontractual deviene de la infracción a un mero deber no obligacional²⁰. b) *Estructura*: en la primera, a la obligación preexistente se le suma el deber de resarcimiento; en la segunda, surge una nueva ante el hecho ilícito aquiliano. c) *Extensión de responsabilidad*: había sido otorgada una mayor amplitud en el ámbito extracontractual, pues se respondía por las consecuencias inmediatas y mediatas, y en ciertos supuestos, por las causales. En el otro –contractual– eran a cargo del deudor las consecuencias inmediatas-necesarias, si había culpa, más las mediatas, si había dolo. d) *Plazo de prescripción*: la regla general en la esfera contractual consistía en un período de diez años (art. 4023²¹ del Código Civil), mientras

17 Artículo 1107 del Código Civil original, en la actualidad derogado: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”.

18 Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. Ob. cit., 154-155, nro. 365.

19 La unificación ha sido un constante afán del universo doctrinario. Este orden de ideas ha sido desplegado en distintos encuentros jurídicos (III Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, 1961; V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 1971; Jornadas Australes de Derecho, Comodoro Rivadavia, Chubut, 1980; II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, Junín, Provincia de Buenos Aires, 1986; III Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1986; Jornadas Nacionales sobre Unificación de las Obligaciones Cíviles y Comerciales, Buenos Aires, 1986; XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bariloche, Río Negro, 1989; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de la Pampa, 1991). La misma tesitura fue acogida por el Proyecto de Código de 1987, los dos proyectos de reformas al Código Civil de 1993 y el Proyecto de Código de 1998. El Código Civil y Comercial Unificado ha adherido a esta postura, como se verá más adelante.

20 En la perspectiva moderna del Derecho de Daños se exalta como pieza basilar el principio de no dañar a otro. La afirmación de un mero deber no obligacional, sin indicar las actuales matizaciones, brinda una idea equívoca del avance de la materia de responsabilidad en el Tercer Milenio.

21 Artículo 4023 del Código Civil, hoy derogado: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor”.

que el cómputo previsto en la aquiliana resultaba ser menor, de dos años (art. 4037²² del Código Civil)²³.

Tal *dualidad* ha sido eliminada de manera encomiada por el Código Civil y Comercial de la Nación que aplica las reglas del Título V del Libro Cuarto para ambas especies (art. 1716²⁴). Verbigracia, se ha erigido un plazo común de tres años (art. 2561, segundo párrafo²⁵). Sin embargo, no es posible predicar una completa uniformidad: se dedicaron normas especiales, si la situación lo amerita (por ejemplo, aclarar el concepto de previsibilidad contractual del art. 1728²⁶).

Autores que han analizado el moderno Derecho de Daños estiman que la responsabilidad de los médicos pertenece a la esfera contractual atendiendo a la circunstancia que se origina en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo. No se constata en su origen un hecho ilícito. Sin embargo, se admite que frente a terceros se adopte el régimen aquiliano: “[...] la responsabilidad profesional es, en principio, contractual: el profesional se obliga hacia el cliente, a cambio de una contraprestación de éste, y tal obligación nace determinadamente de un acto voluntario lícito, lo cual excluye la vigencia de las reglas de la responsabilidad extracontractual [...] la tendencia a considerar contractual la responsabilidad de los profesionales es una manifestación de la denominada ‘inflación obligacional’ (Josserand), que ve contratantes donde ayer sólo se veían terceros y tienen expresión concreta en sistemas legales modernos (Código alemán: art. 611, Código suizo de las

22 Artículo 4037 del Código Civil, hoy derogado: “Prescribese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

23 Las distinciones enumeradas, a mero título ejemplificativo, demuestran que, si bien no se justificaba la dualidad normativa pretérita, no cabía aceptar sin más que fueran conceptos uniformes. La esfera contractual y extracontractual no pueden ser reducidas a una misma y única especie a tenor de su génesis: la primera surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación preexistente; la segunda, de la infracción del principio difuso de no dañar a otro. Tampoco exhibía la jurisprudencia nacional una preocupación importante sobre el encuadramiento, a menos que ciertas características particulares obligaban a cumplir la mentada labor.

24 Artículo 1716 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

25 Artículo 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación, segundo párrafo: “El reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los tres años”.

26 Artículo 1728 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Previsibilidad contractual. En los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento”.

Obligaciones: art. 361; art. 119 del Código portugués de 1967; art. 1765 del Código peruano de 1984 y art. 845 del Código de Paraguay de 1987)”²⁷.

Cabe predicar las siguientes *características* del contrato entre médico y paciente: a) *intuitu personae*: el segundo confía en el primero por su conocimiento técnico y sus cualidades personales; b) rescindible por cualquiera de las partes, a menos que implique una situación de peligro para el paciente; c) puede ser de cumplimiento instantáneo –verbigracia, una simple consulta–, o de tracto sucesivo –tal es el supuesto de la obtención de diagnóstico–; d) usualmente oneroso. Como se ha destacado *ut supra*, rige una presunción en el referido sentido.

Desde la visión de Lorenzetti, el objeto del contrato médico “engloba un opus configurado por la promesa por parte del facultativo de desarrollar una conducta tendiente a obtener la curación de su paciente, aplicando para ello toda su capacidad técnica y humana”²⁸.

Sin embargo, resulta posible que la trama contractual se torne más compleja: *¿Qué ocurre cuando el paciente emplea los servicios del cuerpo médico de la institución de salud a la que se encuentra afiliado?*

Una corriente de pensamiento, cuyo máximo expositor en la Argentina ha sido Alberto Bueres, califica a la relación entre el médico tratante y las autoridades de los hospitales y clínicas como una *estipulación a favor de tercero*. Es decir, concibe que entre el ente asistencial (estipulante) y el médico (promitente) se celebra un contrato a favor del paciente (beneficiario), que goza de una acción directa. En consecuencia, la responsabilidad civil del médico se rige por los principios contractuales.

Otro sector de civilistas, tal es el caso del Doctor Sebastián Picasso, integrante de la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, considera que las reglas que disciplinan la situación del galeno pertenecen a la órbita *aquiliana*²⁹.

III.4.B. *¿Sufren alguna modificación los presupuestos de la responsabilidad civil en la hipótesis médica?*

No acaece ninguna derogación de los cuatro requisitos fundamentales en este ámbito. El ordenamiento vigente no contiene norma expresa al

27 Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. Ob. cit., 785-786, nros: 1847-1849.

28 Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. T. I. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores, 361-362.

29 Voto del Doctor Sebastián Picasso, Sala A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ Daños y Perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.”, 11-5-2012, *La Ley online*, AR/JUR/25171/2012, Punto IV, c).

respecto, quedando regida la cuestión por los principios que gobiernan la responsabilidad civil. Ello sin desconocer los matices *particulares* derivados de la naturaleza de la obligación comprometida, las circunstancias del caso y la prestación que se hubiese concertado.

Siempre se ha de tener en consideración lo preceptuado por el artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto disciplina la responsabilidad de las profesiones liberales³⁰: “La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

Es dable ponderar los matices que presentan los presupuestos en materia de responsabilidad médica.

III.4.B.1. Relación de causalidad

Implica para el Derecho un dilema práctico: *¿qué contingencias pueden ser catalogadas como causas y cómo determinar los límites hasta donde los hombres respondan por su comportamiento?*

Lorenzetti explicita los criterios que deben emplearse para contestar –en forma exitosa– el tópico planteado; afirmando que el magistrado “debe practicar un juicio de razonabilidad que contemple no sólo las relaciones causales físicas sino lo efectivamente calculado por el sujeto como agente supercausal. Además de la noción de causa que suministran los peritos, debe aplicarse sobre ella la noción de lo justo, que permitirá evaluar hasta dónde debe hacerse responsable a una persona por sus actos”³¹.

La *causa*, aquella condición de hecho que usualmente es apta para provocar un determinado resultado, no equivale necesariamente al antecedente temporal más próximo³². Su adecuación a la producción del evento dañoso, verdadero criterio para distinguir los aspectos relevantes de los superfluos, pone la cuestión en sus justos límites: ponderar si un hecho ocasiona una de-

30 Tal es la razón que explica que en este análisis se hayan ponderado inicialmente las características de la profesión liberal. Ver Punto III.1. Profesión liberal.

31 Lorenzetti, R. L. *Responsabilidad civil de...* T. II. Ob. cit., 115-116.

32 La causa adecuada no exige simultaneidad temporal ya que lo que realmente interesa estriba en determinar si un hecho goza de aptitud para generar un resultado. En otras palabras, no comparten la misma extensión y comprensión la causalidad adecuada y la causalidad inmediata.

terminada circunstancia de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas. Tal estimación debe realizarse de acuerdo a un juicio o diagnóstico de probabilidad (prógnosis) en abstracto, lo que acaece de manera acostumbrada³³.

Tal es el planteamiento del problemático fáctico de la causa. Se desarrolla un segundo capítulo en cuanto a la determinación de la extensión de la responsabilidad del sujeto sindicado como autor del evento dañoso. Confluyen visiones jurídicas conocidas con el nombre de criterios de imputación objetivo, campo que ha sido estudiado de forma profunda en Alemania y cuya teoría más renombrada resulta ser *la causalidad adecuada*³⁴.

Retornando al tema en ponderación, el problema se reduce, entonces, a establecer si la actividad desplegada por los profesionales del arte de curar proyecta su virtualidad para ocasionar efectivamente los perjuicios irrogados a la víctima. Su respuesta dependerá de la producción de la prueba volcada en el proceso.

Con su estilo habitual, el ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia Argentina, el Doctor Lorenzetti, ha destacado los aspectos más sobresalientes de la relación de causalidad en el campo de la responsabilidad médica: “El facultativo es quien está en mejores condiciones de dar explicaciones al juez sobre el acontecer dañoso, pues posee no sólo los conocimientos necesarios sino también la vivencia directa y exclusiva del mismo [...] en el contrato médico hay una finalidad mediata, constituida por el provecho que buscan las partes a través del instrumento de la contratación que no es otro que una mejora en la salud del paciente. Además, existe un objeto-fin social constituido por la utilidad social que presta el mismo, que en nuestro caso consiste en la promoción de la persona a través de la prestación de salud. De manera que cuando el resultado final es adverso a ambos objetivos es posible presumir la existencia de una anormalidad, proveniente ya sea de la culpa del galeno o de un caso fortuito. Quien debía cumplir con la prestación es quien debe también cargar con la prueba de la existencia de la anormalidad. *Tales argumentaciones nos llevan a postular que, por vía interpretativa y analógica, se admite la existencia de una presunción de adecuación del nexo causal* [...] Así, cuando se trata de casos en que pueden describirse científicamente muchas causas posibles pero hay una que sobresale y que es la que normalmente es apta para producir el resultado, se ha dicho que debe estarse a esa causa [...]”³⁵.

33 Goldenberg, I. (2000). *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. 2ª edición ampliada y con actualización jurisprudencial. Buenos Aires. La Ley, 175-176.

34 Véase Prieto Molinero, R. J. “Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil”. *La Ley online*, AR/DOC/1560/2014.

35 Lorenzetti, R. L. *Responsabilidad civil de...* T. I. Ob. cit., p. 191. El destacado no pertenece al original.

III.4.B.2. Daño

Se trata del elemento central de los sistemas modernos de la responsabilidad civil. La figura del daño injustamente causado *fundamenta* las actuales visiones sobre el Derecho de Daños.

La medida de la reparación de las consecuencias se basará en los parámetros que arroje la *relación de causalidad*: el grado de participación de cada uno de los sujetos en el evento dañoso o su contribución a originarlo constituirá la regla de mensura³⁶ en las relaciones entre los sujetos involucrados. La víctima podrá reclamarle la totalidad de la indemnización a cualquiera de ellos, ya sean obligaciones solidarias o concurrentes (arts. 827³⁷ y 850³⁸ del Código Civil y Comercial de la Nación).

Se torna imposible soslayar el rol destacado que cumple el dictamen pericial³⁹. Esta pieza procesal ilustra al magistrado en cuestiones ajenas a su conocimiento y propende al dictado de una sentencia justa⁴⁰. Debe

36 Conf. Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (1994). *Derecho de las obligaciones*. T. IV. 3ª edición aumentada y actualizada. La Plata Librería Platense, 790.

37 Artículo 827 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Hay solidaridad en las obligaciones con pluralidad de sujetos y originadas en una causa única cuando, en razón del título constitutivo o de la ley, su cumplimiento total puede exigirse a cualquiera de los deudores, por cualquiera de los acreedores”.

38 Artículo 850 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Obligaciones concurrentes son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes”.

39 Resulta como lo como lo destacara el Dr. Luis Álvarez Juliá, miembro integrante de la Excelente Cámara de Apelaciones en lo Civil: “[...] Para apartarse del examen efectuado por el perito en una materia propia de su arte, se debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, o de que existen en el proceso elementos probatorios previstos de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos. Sin embargo, cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos inobjetables y no exista otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones periciales de aquél”, CNCiv., Sala A, “Mendoza, Jorge Ramón c/ Línea 227 UTE y otros s/ daños y perjuicios”, del 31-8-2011, publicado en *Gaceta de Paz*, año LXXVI N° 4504 del 6 de diciembre de 2011.

40 Ha indicado C. R. Ponce que “el proceso ha dejado de ser cosa exclusiva de las partes, en la medida en que ya no puede considerarse un fin en sí mismo, sino un instrumento de la justicia, por lo que no puede llevar a otro camino que no sea obtener el resultado de una sentencia justa”. Ponce, C. R. “El juez y la prueba científica”. Diario *El Derecho* del 12 de diciembre de 2007.

ser examinado a la luz de la sana crítica⁴¹, como establece el artículo 388⁴² del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

III.4.B.3. Factores de atribución: ¿existe la culpa médica con contenido específico?

Este presupuesto, conocido también con la denominación de criterios de imputación, consiste en la razón de justicia por la cual una persona debe responder. Modernamente se distingue entre los factores de atribución subjetivos, en donde ocurre una valoración de una conducta desplegada –la culpa es la especie más conocida–, y los objetivos, donde se prescinde del mentado juicio de reproche.

No coincide la doctrina especializada en determinar si existe una culpa profesional *per se*, en donde se verifiquen criterios *proprios* de apreciación, o si basta con el concepto de este factor subjetivo que acoge el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴³.

Se argumentaba, para sostener el primer orden de ideas, la conveniencia de no afectar la libertad de acción del galeno y el carácter conjetural del saber médico. Tales razones sustentaban el predicamento de la necesidad de acreditar la culpa grave del profesional de la salud, que tuvo recepción en el artículo 2236 del Código Civil y Comercial italiano de 1942⁴⁴.

41 Este sistema universalmente aceptado de valoración de la prueba anuda la lógica y la experiencia, sin descuidar tampoco las abstracciones de orden intelectual, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento (conf. CNCiv., Sala F, del 2-9-1983, en Rep. LL XLIV,1664, sum 34; íd. íd. 18-2-1982 en ED 99-654; íd. Sala D, del 27-4-1984 en ED 111-174, entre otros). Presenta un sentido esencialmente pragmático porque le brinda al magistrado pautas razonables y flexibles que le permiten ponderar la eficacia de la prueba producida en el proceso. Véase Peyrano, J. W. “El indicio vehemente”. *El Derecho* 190-2001-659.

42 Artículo 388 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”.

43 Artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

44 Artículo 2236 del Código Civil y Comercial italiano de 1942: “Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave”.

Sin embargo, se ha tornado una *communis opinio* sostener que la culpa profesional no presenta diferencias específicas que la distinguan de las pautas generales⁴⁵. Por otra parte, la distinción en las diversas hipótesis de graduación de ella (leve, levísima y grave) ha sido objeto de interpretación restricta por parte de la opinión doctrinal nacional.

La prevalencia de la última tesitura obedece a la circunstancia de que la elástica fórmula diseñada originariamente por Vélez Sarsfield –su única objeción fincaba en emplear el termino *omisión* en singular, defecto corregido por el mentado artículo 1724 del Código Civil y Comercial– permite su aplicación a diversas gamas de situaciones posibles.

Por otro lado, el criterio por el cual se han volcado la mayoría de los autores y la jurisprudencia predominante local radica en que la culpa profesional debe ser apreciada en concreto. Tal postura se funda en la comparación de la conducta obrada con la conducta debida, una confrontación entre el actuar real y el actuar pertinente por el sujeto en una emergencia dada.

Como corolario deviene necesario emplear los tres estándares habituales de este factor de atribución subjetivo: *imprudencia*⁴⁶, *negligencia*⁴⁷ e *impericia*⁴⁸. Sin embargo, no resultan suficientes para resolver el debate planteado acerca de la responsabilidad médica.

La verdadera solución se halla en comprender que además de lo descripto, para apreciar el comportamiento del galeno, hay que estimar que él es un sujeto en quien se depositan expectativas por su “condición especial” o por su “facultad intelectual” (palabras del art. 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁹). El paciente, en su calidad de profano, confía en

45 Lorenzetti, R. L. *Nuevos enfoques...* Ob. cit., Punto 1.

46 La *imprudencia* es estimada como “falta de prudencia”, “acción o dicho imprudente”, según definición de imprudencia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=imprudencia>, consultado el 15-5-2020. A su vez, la *prudencia* resulta ser “templanza, cautela, moderación”, “sensatez, buen juicio”, según definición de prudencia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=prudencia>, consultado el 15-5-2020.

47 Se describe a la *negligencia* como “descuido, falta de cuidado”, “falta de aplicación”, según definición de negligencia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=negligencia>, consultado el 15-5-2020.

48 Se entiende por *impericia* “descuido, falta de cuidado”, “falta de aplicación”, según definición de impericia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=impericia>, consultado el 15-5-2020. Se predica que la *pericia* es “sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte”, según definición de pericia, del *Diccionario de la Real Academia Española* en su Vigésima segunda edición, <http://lema.rae.es/drae/?val=pericia>, consultado el 15-5-2020.

49 Artículo 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando

un obrar diligente del médico por la ciencia que debe poseer; los estudios universitarios acabados brindan al médico de una presunción de seriedad profesional. Tales apreciaciones encajan sin ningún problema en el supuesto contemplado por el citado artículo 1725, primer párrafo: “Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

En resumidas cuentas, siempre resulta menester practicar un *cotejo* del *comportamiento exteriorizado* y el que era *esperable* en un profesional idóneo, aquél que puede ser estimado como modelo de una conducta normal. Se torna insoslayable una comparación objetiva teniendo como modelo la intervención que habría adoptado una persona prudente y diligente, ubicada en similares circunstancias externas de tiempo y de lugar.

Tal es el sesgo que mejor responde a la pregunta del presente acápite.

Adicionalmente, el artículo 1768 del Código Civil y Comercial de la Nación, transcripto *ut supra*, indica que la hipótesis de la responsabilidad de la profesión liberal es, por lo general, subjetiva, a menos que haya comprometido un resultado concreto.

III.5. Actividad probatoria: ¿obligación de medio o de resultado?

Tradicionalmente se ha estimado al quehacer médico como una *obligación de medios*, clasificación cuyo origen se encuentra en el Derecho romano, siendo expuesta en forma integral por Demogue y que fuera aceptada por la mayor parte del espectro de los civilistas argentinos⁵⁰. En consecuencia, *originariamente*, constituía carga de la parte actora acreditar el factor de atribución subjetivo en pos de procurar el resarcimiento de los perjuicios sufridos⁵¹.

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

50 La distinción entre obligaciones de medio y resultado propiciada por la doctrina francesa fue aceptada por Salas, Spota, Galli, Alsina Atienza, Martínez Ruiz, Busso, Rezzónico, Bustamante Alsina, Cazeaux y Trigo Represas. Llambías expresó ciertos reparos con respecto a ella. Por su parte, Acuña Anzorena, Borda y Aguilar la rechazaron. Véase Belluscio, A. “Obligaciones de medio y resultado. Responsabilidad de los sanatorios”. *La Ley online*, AR/DOC/13116/2001, Punto III, 8.

51 La distinción tradicional estriba en que, en las obligaciones de medio, como el deudor se ha comprometido a emplear un obrar diligente para cumplir el plan prestacional, el acreedor debe demostrar la culpa de aquél, y en las de resultado, al obligarse el sujeto pasivo a un opus concreto, le es suficiente a la parte actora acreditar su incumplimiento. Es decir, al demandado le cabe en la de medios adoptar una actitud pasiva y, en la de resultado, desplegar un compor-

Excepcionalmente, ha sido concebido que la actividad médica envuelve obligaciones de fines⁵²: a) Cirugía estética embellecedora, en atención a que el paciente se somete a la operación en aras de obtener un resultado provechoso; b) Intervenciones quirúrgicas simples merced a las grandes posibilidades de éxito motivadas en un alea casi nulo; verbigracia, extirpar un quiste sebáceo; c) Origen del daño en el riesgo o vicio de la cosa empleada por el médico; d) Realización de análisis clínicos en cuanto impliquen estudios comunes.

En virtud de las dificultades que se erigen en materia probatoria, la jurisprudencia debió valerse de la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁵³, en miras de atribuir valor al comportamiento procesal de las partes.

A causa del mentado predicamento⁵⁴, se postula el desplazamiento del *onus probandi* en forma excepcional y según fueran las circunstancias del caso. Se lo hace recaer en cabeza de quien, como consecuencia de sus mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas, puede acreditar las probanzas de manera más eficiente. El lugar como actor o demandado y la calidad de hechos (constitutivos, impeditivos o extintivos) devienen indiferentes para su operatividad (conf. CSJN, *Fallos*: 296:646; CNCom., Sala “A”, *La Ley*, 1997-A, 356; CNFed. Civ. y Com., Sala II, *La Ley*, 1995-A, 191).

El Código Civil y Comercial de la Nación no resultó ajeno al referido orden de ideas. Gracias a su artículo 1735⁵⁵, el magistrado goza de la facul-

tamiento activo, verificando su debida diligencia y demostrar su *no culpa*. Posteriormente se introdujo en el ámbito autoral la relación de los factores de atribución objetivo y subjetivo en cada una de ellas, por Alberto J. Bueres y la distinción propiciada por Atilio A. Alterini en obligaciones de resultado atenuadas, normales y agravadas, que provocarían célebres discusiones doctrinarias en la década del ochenta.

52 Picasso, S. “Algunos aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en el Derecho argentino”. *Cuadernos de Análisis Jurídico*. T. IV. Director: Carlos Pizarro Wilson. Colección de Derecho Privado. Santiago de Chile. Universidad Diego Portales (sin fecha), 166, <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07.pdf>, fecha de consulta: 15-5-2020.

53 Cabe recordar como antecedentes del actual Código Civil y Comercial de la Nación que se concluyó en las V Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en San Isidro, Buenos Aires, en 1989 y en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños, que tuvo lugar en Buenos Aires en el año 1991, que como es imposible adentrarse en el secreto del quirófano o en la actuación específica del profesional, este último se encuentra en mejores condiciones procesales para justificar su inocencia.

54 Véase Peyrano, J. W. “Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. *El Derecho* 153-967; y Peyrano, J. W. y Chiappini, J. O., “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”. *El Derecho* 107-105.

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

tad de distribuir la demostración de la culpa o de la actividad debidamente desplegada, según la situación de las partes.

En consecuencia, el damnificado se encontrará a cargo de probar el contacto físico o material entre la conducta invocada y el resultado y los perjuicios sufridos. Verificado ello, se presume que determinada consecuencia acaece conforme al orden natural y ordinario de las cosas, adecuado para ocasionar el daño (“presunción de causalidad”⁵⁶). Recaerá sobre el profesional de la salud invocar las eximentes de su responsabilidad y desplegar una actividad tendiente a constatar su obrar diligente. En caso de que no lo haga, estando en mejor situación para ello, podrá tornarse una presunción en su contra.

De esta manera, se encuentra satisfecho uno de los objetivos principales que ha moldeado al moderno Derecho de Daños: la protección de la víctima se ha convertido en uno de los principios cardinales del sistema de responsabilidad. Tal como se ha indicado: “[...] hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora”⁵⁷. Como destaca acertadamente Lorenzetti, la judicatura ha exhibido una constante precaución en aligerar la carga probatoria “con el fin de restituir un equilibrio afectado por la masividad y la producción anónima de daños”⁵⁸.

III.6. *Historia clínica*

Consiste en un elemento cuya importancia se torna imposible de descartar en la apreciación del quehacer del galeno.

En este documento queda registrado el acto médico y la enfermedad que padece la víctima. Se deja constancia en ella de todos los datos del diagnóstico, desarrollo y evolución de la enfermedad del paciente⁵⁹.

56 Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. (1988). *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*. Buenos Aires. La Ley, 37. Véase, también, Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. Ob. cit., 237-238, nro. 515. Se sostuvo en las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín, Provincia de Buenos Aires, 1986, que la acreditación del contacto físico o material entre la conducta y un resultado corresponde a la víctima. Una vez ocurrida dicha operación, en ciertas hipótesis podrá presumirse la adecuación de la condición que concurrió a la causación del daño.

57 Fundamento del Proyecto de Código Civil de 1998, n° 259.

58 Lorenzetti, R. L. *Responsabilidad civil*... T. II. Ob. cit., 209-210.

59 Artículo 15, incisos d, e, y f de la Ley N° 26.529: “Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar: [...] d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes; e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere; f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementa-

En el orden nacional este tópico ha sido disciplinado por la Ley N° 26.529 y el Decreto Reglamentario N° 1.089/2012⁶⁰. Además de prever el instituto del consentimiento informado⁶¹, contiene valiosas disposiciones de aplicación, entre las que se destacan el derecho del paciente a ser informado⁶² (art. 2°, inciso f⁶³), a acceder a su historia clínica atendiendo a su rol de titular de los datos consignados y obtener copias auténticas de ella (art. 14⁶⁴), como la obligación de custodiarlas por el plazo mínimo de diez años, como hipótesis de “prescripción liberatoria de responsabilidad contractual” (art. 18⁶⁵).

rios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas”.

Artículo 16 de la Ley N° 26.529: “Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar, en cada caso, breve resumen del acto de agredación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante”.

60 Véase para su análisis: Ghersi, C. A. “Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente”. *La Ley online*, AR/DOC/3705/2012.

61 El instituto del consentimiento informado ha sido disciplinado en forma expresa por el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación.

62 Véase López Mesa, M. J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”. *La Ley online*, AR/DOC/377/2016.

63 Artículo 2°, inciso f, de la Ley N° 26.529: “Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes: [...] f) Información sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información”.

64 Artículo 14 de la Ley N° 26.529: “Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia”.

65 Artículo 18 de la Ley N° 26.529: “Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, ‘Del depósito’, y normas concordantes. *La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de diez (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual*. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y, vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación” (el destacado no pertenece al original). Esta norma deberá ser compatibilizada con las reglas que trae el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de prescripción.

La jurisprudencia mayoritaria aprecia que la inexistencia, desaparición o presencia de irregularidades en la historia clínica provoca una presunción jurídica en contra del profesional actuante⁶⁶ (conf. voto del Doctor Oscar J. Ameal, Sala K, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Gallardo Salinas, Manuel c/ Sanatorio Otamendi Miroli S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, 7-5-2007, publicado en Gaceta de Paz del 28 de abril de 2009, Año LXXIV, N° 4016 y CNCiv. Sala D, 12-5-1992, causa N° 95.276).

III.7. Una hipótesis particular: responsabilidad del médico anestesista. Su relación con el médico jefe y el cirujano

Este tópico ha sido objeto de especial atención por parte de la doctrina y jurisprudencia argentina. Aunque el caso del *anestesista* no se diferencia del de cualquier otro profesional del arte de curar en cuanto a los principios a aplicar, es menester resaltar que su actividad lo expone en mayor medida que a otros especialistas frente a los eventuales reclamos por resarcimientos de daños.

El conocimiento que debe adquirir no se limita meramente a la administración de la anestesia; comprende, además, diferentes disciplinas, tales como *cardiología*, *neumonología*, *terapia intensiva*, *neurología*, entre otras, y todo aquello relacionado con el cuidado del paciente antes, durante y después del acto operatorio⁶⁷. En resumidas cuentas, engloba una gama de procedimientos sumamente heterogéneos, complejos e influidos por fac-

66 Verbigracia, “1- La ausencia de ficha médica o historia clínica que determine el procedimiento seguido en el tratamiento de conducto que se le realizó al actor y el motivo por el que se fracturó el material de endodoncia utilizado (lima) constituye una presunción en contra del galeno si no fue desvirtuada por prueba alguna”, CNCiv., Sala H, “V., P. A. c/ F., S. M. y otro s/ daños y perjuicios”, 15-10-2010, Sumario N° 20381 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2011.

67 El sector que domina, la anestesiología, es de suma importancia: además de cumplir un rol humanitario, el tratamiento de suministros de fármacos o técnicas adecuadas para evitar todo dolor, se vincula con el control constante durante el acto quirúrgico, que se prolonga hasta que el paciente recupere su situación normal, y con la vigilancia permanente de las funciones vitales. En algunos supuestos abarca, también, la realización de técnicas de reanimación imprescindibles para restablecer al enfermo, de acuerdo a los parámetros clínicos establecidos. Tal gama de saber especializado ha sido reflejado en la jurisprudencia: “[...] la anestesia no es un método estereotipado y sencillo, sin aleas graves, por cuanto exige una especialización *a posteriori* de concluir los estudios de medicina, de larga extensión y entrenamiento”, CNCiv., Sala J, “Pérez, Adolfo Mario y otro c/ Clínica San Camilo S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, 27-2-2001.

tores quirúrgicos e incluso extraquirúrgicos, que pueden estar hasta sujetos a reacciones imprevisibles de ciertos pacientes.

Este tema, como no podía ser de otra manera, ha sido contemplado por el ordenamiento jurídico. En este sentido, el artículo 22 de la Ley N° 17.132 dispone que las anestias generales y regionales deberán ser indicadas, efectuadas y controladas en todas sus fases por médicos, salvo casos de fuerza mayor. Se deberá llevar un libro de registro en los quirófanos de establecimientos asistenciales oficiales o privados en el que consten: las intervenciones quirúrgicas efectuadas, datos de identificación del equipo quirúrgico, del médico a cargo de la anestesia y del tipo de anestesia utilizado. Serán estimados como responsables del incumplimiento de las normas descriptas el médico anestesista, el jefe del equipo quirúrgico, el director del establecimiento y la entidad asistencial.

Especial interés provoca practicar una clasificación de las distintas situaciones que han estudiado los autores y han sido objeto de decisión en los estrados judiciales. Se discriminará entre las principales etapas que integran la prestación de la especialidad en ponderación (preanestesia, anestesia y posanestesia).

III.7.A. Preanestesia

- a) Los exámenes clínicos y tests preanestésicos, particularmente en cirugías programadas, se consideran indispensables, a punto tal que su simple omisión puede acarrear responsabilidad del especialista.
- b) Detección anticipada de hipersensibilidad a los anestésicos, máxime en pacientes con antecedentes personales y familiares o cuando consta en su historia “intolerancia” o “alergia a anestésicos locales”.

III.7.B. Anestesia

- a) Elección inconveniente del tipo de anestesia.
- b) Administración excesiva de ella.
- c) Prescindir del monitoreo.
- d) Abandono del paciente en cualquier momento del intraoperatorio.
- e) Descuidar su observación continua e interrumpida, ejecutar tardíamente las maniobras de reanimación que correspondieren en forma precoz.
- f) Ausencia de información en el parte anestésico de episodios acontecidos durante el acto quirúrgico que provoquen daño al paciente.

III.7.C. Posanestesia

- a) Inadecuada vigilancia del paciente en el período posanestésico.
- b) Omisión de los cuidados exigibles.

Sólo resta determinar la relación del anestesista con el médico cirujano. La doctrina se ha interrogado si éste último resulta responsable en su rol de jefe del equipo al verificarse la mala praxis del otro, o si la autonomía científica y técnica que implica la anestesiología evita que se configure una subordinación entre los dos.

Para obtener una adecuada dilucidación es menester, previamente, describir las características atinentes a un equipo médico.

Roberto Vázquez Ferreyra las explica en los siguientes términos: “La nota característica del equipo médico la constituye la presencia de un cirujano jefe que actúa secundado por auxiliares médicos y paramédicos, como también por especialistas con autonomía científica”⁶⁸.

Lorenzetti⁶⁹ advierte que lo peculiar de este conjunto de personas radica en que ofrecen una prestación a cargo de un grupo de sujetos, no elegidos por el paciente y que pueden actuar de manera separada pero coordinada para la prosecución de la tarea encomendada. Diferencia las hipótesis en que hay una contratación directa con el equipo, de aquellos supuestos en los que interviene un prestador y éste se hace ayudar por ellos.

Messina de Estrella Gutiérrez⁷⁰ califica la situación del anestesista y del resto de los operadores como un ejemplo típico de *equipo horizontal* de profesionales. Siguiendo autorizada doctrina, destaca que se ha conformado un contrato plurilateral de organización regido principalmente por la autonomía de la voluntad y secundariamente por las reglas de las figuras más afines, las de la agrupación en colaboración y la sociedad.

¿Cómo se ha expresado la doctrina con relación al tópico planteado? Las opiniones expuestas han sido disímiles.

Dentro del espectro de autores foráneos, cabe citar a Javier Fernández Costales, jurista español que goza de gran predicamento. Estima que la especialidad de Anestesiología y Reanimación ha sido incluida en el apartado de casos dudosos respecto de la relación contractual médico-paciente. Aduce que “su finalidad propiamente dicha e inmediata no es la curación del enfer-

68 Vázquez Ferreyra, R. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires. Hammurabi, 72-73.

69 Lorenzetti, R. L. (1998). *La Empresa Médica*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 274.

70 Messina de Estrella Gutiérrez, G. N. (1997). “La Responsabilidad Civil del anestesista”. *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 737.

mo sino que su objetivo es servir de medio para la curación a otra especialidad concretamente de tipo quirúrgico”⁷¹.

Retornado al pensamiento jurídico nacional, Bueres comparte la tesitura de la *autonomía* cuando se configura una división interna dentro del equipo, derivada de la *obligación de cuidado* en razón de su especialidad. Si bien acepta que el médico-jefe tiene a su cargo deberes de supervisión, sostiene que la garantía versa sobre el hecho del personal auxiliar, como lo regla el artículo 19, inciso 9° de la Ley N° 17.132⁷². No constata su presencia en los supuestos de médicos con autonomía científica que integran el mentado grupo⁷³.

Compartiendo ideas similares, Lorenzetti observa que el médico jefe resulta *garante* por la conducta de sus ayudantes y personal auxiliar; se proyectaría una responsabilidad *solidaria* por el hecho ajeno. No lo sería, en cambio, por aquéllos que gozan de autonomía científica, aquéllos que operan en el equipo sobre los cuales no ejerce control alguno. Debe indemnizar por el hecho propio cuando incurre en defectos de supervisión⁷⁴.

Por otra parte, hay que indicar que la interactuación de sus miembros presupone actividades compartidas o trabajos realizados en colaboración. Tal orden de ideas conlleva a una limitación, indudablemente sensata, representada en el deber de cuidado. Esta es conocida con el nombre de “principio de confianza”, frecuentemente empleado en los estrados penales: aquella persona que, sin que concurren especiales circunstancias para dudar o creer en lo contrario, obra con la expectativa en que el otro se comportará de acuerdo a la situación de hecho planteada.

También, desde tal perspectiva se plantea la eximición del médico cirujano en materia del responder civil con respecto a la actividad del anestesista. Roberto Vázquez Ferreyra concluye que resulta uno de los aspectos relevante de la cuestión: “Pensamos que en los casos en los cuales el cirujano jefe no puede realizar dicho control por tratarse de una prestación que requiere conocimiento específico y que en la práctica posee autonomía suficiente como para decidir el camino a seguir, la responsabilidad indirecta

71 Fernández Costales, J. (1988). *El contrato de servicios médicos*. Madrid. Editorial Civitas, 9.

72 Artículo 19, inciso 9°, de la Ley N° 17.132: “Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: [...] 9. Fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y, asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsables si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas”.

73 Bueres, A. J. (2006). *Responsabilidad de los médicos*. T. I. Buenos Aires. Hammurabi, 462.

74 Lorenzetti, R. L., *La Empresa...* Ob. cit., 285-286.

que tratamos no puede alcanzarlo. *Es lo que sucede respecto al suministro de una anestesia*⁷⁵.

¿Cómo ha reaccionado la jurisprudencia? François Chabas⁷⁶, considerado como uno de los fundadores del contemporáneo Derecho del Consumidor, sintetizó los diversos pronunciamientos judiciales del país galo, que de manera constante proyectan su influencia sobre el pensamiento doctrinario vernáculo, en cuatro tesis: 1) Ante la existencia de dos contratos independientes que vinculan al paciente de manera separada con el cirujano y el anestesta, se configuran hipótesis de culpas autónomas, no solidarias. 2) El cirujano resulta responsable contractualmente por el hecho ajeno de todos los actos del equipo, incluso el del anestesta. 3) Ha sido calificado el rol del cirujano como comitente y el del anestesta como dependiente. 4) Cada médico asume sus responsabilidades personales cuando prestan colaboración para el tratamiento del mismo enfermo.

En la judicatura argentina⁷⁷ sobresale el fallo “Verón, Nilda c/ Knaus, Omar E. y otros”⁷⁸, del 23 de abril de 2002, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Nuestro más Alto Tribunal destacó en esa ocasión la autonomía científica y técnica que le compete al anestesta. Ella se convierte en una causal obstativa para entender que existe una relación de subordinación con el equipo⁷⁹.

75 Vázquez Ferreyra, R. Ob. cit., 91. El destacado no pertenece al original.

76 Chabas, F. “Responsabilidad médica y seguro en el Derecho francés”. *La Ley online*, AR/DOC/10221/2001, Punto II, a).

77 Cabe citar a mero título de ejemplo: “3- También cabe descartar la responsabilidad del anestesta si se repara que éste controló al paciente una vez concluida la operación, después lo acompañó a la sala y de la pericia médica producida en autos no surge relación de causalidad entre los actos realizados por este médico y el shock sufrido por el menor, ello en coincidencia con los médicos forenses que intervinieron en la causa penal. 4- En cuanto a la responsabilidad del médico cirujano, la norma prevista en el art. 902 del Código Civil no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente, conduzca a la necesidad de indemnizar al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello. Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar. 5- Cuando se trata del desempeño de un cirujano, no cabe sino adoptar un criterio estricto”, CNCiv., Sala E, “Morales, Alfonso A. y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, 22-4-2005, Sumario N° 16463 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 12/2005.

78 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Verón, Nilda c/ Knaus, Omar E. y otros”, 23-4-2002, *La Ley online*, Cita Online: 20030676.

79 Se consideró que la sentencia recurrida era arbitraria pues “en casos similares en los

IV. Responsabilidad del sanatorio, clínica y hospital

Los *especialistas* del Derecho de Daños concuerdan, generalmente, que el tópico en ponderación, lugares donde es asistido el paciente, encuentra su razón de ser en la obligación de garantía de la conducta de los dependientes como también en la circunstancia de que el deudor responde siempre de las diligencias de las personas a las cuales recurre en aras de cumplir el plan prestacional. Tal afirmación no descuida el análisis de una eventual responsabilidad de los profesionales⁸⁰.

Como ejemplo de autores que auspician la dependencia del galeno como razón de la responsabilidad de las instituciones de salud cabe citar al conocido profesor José Tobías, quien manifiesta: “[...] el fundamento resulta del principio de que el deudor responde de los hechos culposos de quien se vale para cumplir su propia obligación”⁸¹.

Lo que realmente sucede, como acertadamente lo han afirmado Bustamante Alsina⁸² y Belluscio⁸³, ex vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es que el contrato médico y de hospitalización supone una *obligación de seguridad* implícita en la *obligación principal* de este acuerdo de voluntades.

que la autonomía científica y técnica que caracteriza la función del anestesta obsta al establecimiento de una relación de subordinación con el cirujano, quien carece de facultades para ejercer un control o vigilancia respecto de los actos propios de otra incumbencia profesional, limitándose su órbita legal de fiscalización –y, por ende, su responsabilidad– a los actos del personal que ejecuta sus órdenes como auxiliar, y sobre el que tiene el poder de control (art. 19, inc. 91, Ley N° 17.132; *Fallos*: 321:473). Tratándose de responsabilidad médica, para que proceda el resarcimiento de los perjuicios sufridos, debe acreditarse de modo fehaciente la relación de causalidad entre el obrar culposo del profesional y el daño causado (*Fallos*: 315:2397)”, Punto V del Dictamen del Procurador Felipe Daniel Obarrio, del 7-12-2011, cuyos argumentos hace suyos la Corte.

80 Véase Acuña Anzorena, A. “Responsabilidad contractual por el hecho del otro”. *Jurisprudencia Argentina*, Sección Doctrina, 53 y Bustamante Alsina, J. “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de la profesión”. *La Ley* 1976-C, 63.

81 Tobías, J. W. “En torno a la responsabilidad civil de los médicos”. *El Derecho* 84-832.

En jurisprudencia: “3- El hospital también es responsable de los daños sufridos por el paciente durante la intervención pues el hecho de que la operación no fuera programada no importa *per se* un uso indebido de las instalaciones, dado que todos los profesionales y auxiliares que intervinieron en ella –cirujanos, anestesta, enfermeras, instrumentadoras, etc.– son dependientes del nosocomio”, CNCiv., Sala D, “Yolanda Haydée y otros c/ Hospital Militar Central y otros s/ daños y perjuicios”, 15-2-2008, Sumario N° 17923 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 3/2008.

82 Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 539-540.

83 Belluscio, A. Ob. cit., Punto II, 4 y 5.

La prestación primaria de la clínica o sanatorio consiste en proporcionarle al paciente asistencia idónea por medio de los profesionales de su cuerpo médico. Debe prestarse de manera tal que el enfermo *no sufra* algún detrimento a causa de la ejecución deficiente del plan prestacional.

En consecuencia, la entidad queda comprometida directamente por los daños que le sean causados el paciente cuando el galeno incurra en la omisión de la debida diligencia que la situación concreta indique.

Siguiendo la línea de pensamiento, cabe colegir que una vez acreditada la culpa de los facultativos, surge sin problema alguno la responsabilidad de la institución de salud.

Igual solución es menester predicar cuando no ha sido posible determinar el miembro del staff que provocó el daño pero existe la certidumbre de que se originó dentro del ámbito de la clínica (autor anónimo)⁸⁴. Tal circunstancia denota el *incumplimiento* de la obligación de prestar asistencia adecuada asumida por dicho ente.

La jurisprudencia es conteste en aseverar que la prestación médica brindada por los centros de salud debe ser idónea, técnicamente irreprochable. No se satisface la obligación de seguridad con el mero hecho de suministrar profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina⁸⁵; por el contrario, hay que indagar en la conducta diligente de dichos sujetos.

Más aun, se ha propiciado la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor, aunque excluyendo el régimen de responsabilidad objetiva que ella contiene⁸⁶.

84 Zavala de González, M. M. "Actualidad en la jurisprudencia sobre Derecho de Daños - Relación de causalidad". *La Ley Online*, AR/DOC/3279/2001, Punto V, donde indica cómo la identificación del agente no es requisito de la responsabilidad, su anonimato no la excluye.

85 Verbigracia: "Con relación a las clínicas y sanatorios se reconoce que pesa sobre ellos una obligación tácita de seguridad hacia quien acude a los servicios que brinda. Esto es, que rige una cláusula sobreentendida de garantía que se traduce en atender a la seguridad del paciente, y que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe. Es que si la clínica se ha obligado a proporcionar asistencia médica no solamente es responsable por el servicio que ofrece, sino también de que se preste en condiciones tales para que el paciente no sufra daños por una eventual deficiencia de la prestación prometida. En consecuencia, se incurrió en falta de cuidado y diligencia, se ha defraudado la confianza depositada en el establecimiento médico y sobre la base de ello debe ser condenado a resarcir los daños causados", CNCiv., Sala B, "Ranieli de Floresta, Josefina María c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ daños y perjuicios", 31-3-2006, Sumario N° 17229 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 6/2007.

86 "Permite advertir que las normas de la Ley de Defensa del Consumidor que estructuran la responsabilidad del proveedor (arts. 5°, 10° bis, 40, etc.) están concebidas para el caso de incumplimiento de obligaciones distintas de las que corresponden típicamente a los profesionales liberales y que, como ya lo señalé, tienen la naturaleza de un deber de medios. So pena de adoptar una solución irrazonable, hay que entender entonces que ello excluye también la posibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva dimanante del art. 10° bis' de la ley citada a

V. ¿Era suficiente el esquema velezano? Encomio de la sanción de un Código Civil y Comercial de la Nación típico del siglo XXI

El Código Civil argentino fue producto de las doctrinas imperantes del siglo XIX. Comenzó a regir a partir del 1º de enero de 1871. Se enrolaba dentro de los cuerpos legislativos iniciados por el Código francés. Ciertamente, Dalmacio Vélez Sarsfield redactó uno que mejoraba algunos aspectos de la fuente gala, especialmente al concebir una parte general. El Codificador, para lograr tales objetivos, se guió de manera acertada por las enseñanzas de Augusto Teixeira de Freitas, *eximio jurista del siglo XIX, consultando en forma permanente sus dos obras más importantes (Consolidação das Leis Cíveis y Esboço de un Código Civil para o Brasil)*.

Resulta esclarecedor cómo José W. Tobías ilustra sobre la etapa posterior de entrada en vigor del mentado cuerpo legal respecto al tema en análisis: “Durante los primeros ochenta años de vigencia del Código Civil, los fallos de los tribunales argentinos vinculados con el tema de la responsabilidad civil en el ejercicio de la actividad médica podían contarse con los dedos de las manos. Alsina Atienza, en un comentario publicado en el año 1958, computaba apenas cinco sentencias publicadas de segunda instancia”⁸⁷.

Como consecuencia del transcurso del tiempo, se torna necesario *aggiornar* los ordenamientos jurídicos⁸⁸. No es de extrañar que en el año 2014 se sancionase el Código Civil y Comercial de la Nación. Lógicamente, debían receptarse nuevas reglas para disciplinar novedosos fenómenos que irrumpen en la vida de cualquier sociedad.

las prestaciones puramente médicas comprometidas por las clínicas y las empresas de medicina prepaga”. Voto del Doctor Sebastián Picasso, Sala A, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “T., A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios - Resp. Prof. Médicos y Aux.”, 11-5-2012, *La Ley online*, AR/JUR/25171/2012, Punto IV, b.

⁸⁷ Tobías, J. W. Ob. cit., 827.

⁸⁸ “La realidad hoy nos demuestra que la responsabilidad profesional del médico tiene cada vez un auge mayor y la jurisprudencia de nuestros tribunales se ha visto poblada de numerosas sentencias condenatorias de quienes han sido demandados por daños y perjuicios a causa de los efectos de las malas prácticas médicas en intervenciones quirúrgicas, diagnósticos, tratamientos clínicos, prescripciones de medicamentos, estudios prequirúrgicos, prácticas de prevención de enfermedades, etc. Esta realidad es insoslayable, pues los servicios de salud se encuentran en permanente crecimiento, el desarrollo de la ciencia y la técnica, así como las condiciones de la vida moderna a la par que tienden a mejorar el estado sanitario de la población y prolongar la duración normal de la vida, también aumentan los riesgos de daños y exponen al hombre a un destino incierto que lo enfrenta día a día con una realidad inesperada y fatal”, Pereiro de Grigaravicius, M. D. “La medicina y la ingeniería genética como causa de daño”. *La Ley online*, AR/DOC/1600/2019, Punto I.

Tomando un aspecto básico, se torna forzoso concluir que la responsabilidad médica como se encontraba aprehendida por el Código Civil velezano resultaba insuficiente. Actos de tal especie que se prestaban en la época en la que vivía el ilustre Codificador Cordobés se estimaban como locaciones de servicios. En la actualidad, el quehacer de los galenos se ha tornado mucho más complejo, estando inserta su actividad dentro de las prestaciones que brindan las instituciones de salud⁸⁹. Como la medicina del siglo XIX no es la misma que la del Tercer Milenio, no puede permanecer inalterable el régimen jurídico que disciplina al arte de curar.

Amén de que existía la discusión acerca de la subsistencia de la figura de la locación de servicios⁹⁰, es menester contar por lo menos con un artículo específico que regule la responsabilidad de los profesionales liberales en general; omisión que el Código Civil y Comercial Unificado ha subsanado, como se verá a continuación.

V.1. Aportes de Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994/2014) que deben ser traídos a colación

Cualquier ponderación del moderno Derecho de Daños en la Argentina debe incluir necesariamente las nuevas contribuciones en la materia que ha aportado el nuevo cuerpo de Derecho Común:

- 1) Recepciona la tesis de la *unidad de la ilicitud*, presuponiendo la notable semejanza que comporte la responsabilidad del incumplimiento obligacional y la aquiliana. Asimismo, admite que no puede predicarse una completa uniformidad normativa.
- 2) *Subsiste el supuesto de la antijuricidad*, a pesar de los embates que han postulado cierta parte de la doctrina moderna. Prevé en su propio cuerpo las causales de justificación, no siendo menester recurrir al Código Penal.

⁸⁹ Se intentó disciplinar el contrato de servicios profesionales por parte del Proyecto elaborado por la Comisión del Poder Ejecutivo Nacional, Decreto N° 468/1992.

Se previó que debían ser celebrados por las personas que reunían la calidad de profesional (art. 1214), siendo ejecutadas “personalmente” las prestaciones a su cargo (art. 1217). La terminología empleada permite afirmar que versa sobre las personas físicas. Caso contrario, se debían aplicar las reglas de la figura más general del contrato de obra intelectual (art. 1152 y sigs.). No se impedía el empleo de sustitutos y colaboradores (art. 1217).

⁹⁰ Muy demostrativo resultaba que un autor de la talla de Guillermo Borda, en su *Tratado de contratos*, explicara la normativa del Derecho Laboral en el capítulo de Locación de servicios.

- 3) *Amplía las funciones de la responsabilidad civil*: la preventiva⁹¹ y resarcitoria. Nos hemos inclinado por sostener la existencia tácita de la disuasoria⁹².
- 4) Se ha adoptado el *principio de reparación plena*. Irrumpen en escena nuevos nocimientos, algunos mencionados en el Código Civil y Comercial italiano de 1942, y desarrollados en la doctrina latinoamericana por el autor peruano Fernández Sessarego.
- 5) A través del artículo 1735⁹³ se ha facultado al magistrado determinar sobre quién pesa la acreditación de los factores de atribución, *receptando la teoría de las cargas dinámicas* recogida por la jurisprudencia mayoritaria. Se ha tratado de brindar una solución elástica a un problema que había preocupado a la doctrina⁹⁴.
- 6) La responsabilidad médica se encuentra disciplinada por las normas del Título V del Libro Tercero, especialmente a través del artículo 1768, que dispone: “Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La

91 El Código Civil y Comercial de la Nación ha seguido las recomendaciones de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán, en el mes de setiembre de 2011: “a) Aspectos generales (*De lege lata*): La función preventiva es prioritaria en el Derecho de Daños [...] b) Aspectos particulares: I. Prevención del daño: El principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños. El principio de prevención comprende, entre otros, el deber de evitación del daño, la acción preventiva y los efectos de la sentencia que ordena la prevención. El deber de prevención del daño involucra la adopción de recaudos razonables para evitar su acaecimiento, la de hacer cesar el daño ya activado, y la de inhibir su agravamiento [...] b) *De lege ferenda*: Se recomienda plasmar normativamente estas conclusiones. En especial, se recomiendan la tutela inhibitoria y la multa civil”.

92 Lamanna Guiñazú, E. C. y Fossaceca, C. A. (h) (2018). *Reflexiones en torno a la figura de los daños punitivos (art. 52 bis, Ley N° 24.240)*. Colección Compendio Jurídico, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Erreius, noviembre 2018, 895.

93 El artículo 1735 del *Código Civil y Comercial Unificado* se encuentra transcripto en la nota 55.

Tal orientación proviene de las conclusiones expuestas en importantes encuentros jurídicos (II Encuentro de Abogados Civilista, Santa Fe, 1988; I Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil, Rosario 1988; V Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Lomas de Zamora, Provincia de Buenos Aires, 1988; Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, San Juan, 1989; Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, 1989).

94 La teoría de las obligaciones de medio y de resultado que desarrolló René Demogue se originó en la preocupación de los inconvenientes probatorios que suscitaba la demostración de la culpa. Cabe advertir que la potestad consagrada en el artículo 1735 no ha sido extendida al resto de los presupuestos del responder.

actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757”.

- 7) Se excluye a la actividad médica de la categoría de actividades riesgosas. En efecto, así se colige de la lectura del artículo 1768, precepto transcrito en el párrafo anterior.

VI. Nuevos tiempos modernos: la Revolución Industrial 4.0

Las circunstancias típicas del Tercer Milenio resultan disruptivas si se las compara con los *moldes* tradicionales. Se ha tornado un tópico casi común aseverar que existe cierta perplejidad ante institutos que no responden a la tradición del Derecho romano en el mundo jurídico.

Cabe resolver en cada época los conflictos que se presentan. La búsqueda de dar a cada uno lo suyo constituye una meta no susceptible de renuncia para cualquier operador jurídico.

Irrumpe a nivel mundial un escenario que ha sido denominado como *Revolución Industrial 4.0*, tal como fuera presentada en el evento CeBIT de Hannover de 2013: nuevos actores interactúan en las tramas de negocios, como los *emprendedores* y *proconsumers*; modernas tecnologías, como la *inteligencia artificial* y la *robótica*, permiten desarrollar operaciones que eran solamente concebidas en obras de ciencia ficción; progresivas tendencias hacia un ambiente ecológico sustentable, el uso de recursos energéticos no contaminantes por parte de las empresas; el marketing directo para “hágalo usted mismo”, etc.

Verbigracia, el Ser Humano, además de en la vida cotidiana, se desenvuelve en un ámbito artificial, recurriendo a interfaces *amigables*, tales como *twitter*, *instagram* o *facebook*. Se emplean *datos biométricos* para reforzar la labor de identificación de las personas. Nuevas formas de trabajo emergen, y desaparecen otras a consecuencia de convertirse en obsoletas⁹⁵.

Desde el punto de vista cultural, las apuntadas características se encuentran resumidas en la frase de “sociedad digital”; y, a juicio de Garrell Guiu y Guilera Agüera⁹⁶, resultan ser:

95 Véase Díaz, V. L. “Revolución Industrial 4.0. ¿Destrucción o nacimiento de la fuerza laboral?”. *La Ley online*, AR/DOC/3593/2017.

96 Garrell Guiu, A. y Guilera Agüera, Ll. (2019). *La Revolución Industrial 4.0 en la sociedad digital*. Valencia. Marge Books, 37.

- *Tecnológica*: se recurre de manera excesiva al empleo de las tecnologías generando una dependencia excesiva hacia ellas: “Por ejemplo, un simple descalabro de unas pocas horas en la red de redes representaría una catástrofe mundial a escala económica”⁹⁷.
- *Hipermedia*: implica la conectividad entre diversos medios y canales de comunicación. Tal es la razón del hipertexto en las páginas de Internet.
- *Informada*: se constata cierta dosis excesiva de noticias que no siempre son verificadas (“fake news”).
- *Rápida*: la capacidad de reflexión se encuentra ciertamente opacada. La inmediatez constituye un aspecto destacado de la sociedad actual.
- *Relativa*: se han ocasionado muchos cuestionamientos a los valores tradicionales. Se verifica dicha noción en el discurso filosófico al habersele dado notable importancia al concepto de *posverdad*.
- *Condicionada*: la repercusión inmediata de la actividad de funcionarios públicos o figuras celebres influye en la toma de decisiones.
- *Superficiales*: no se indaga en profundidad en aras de obtener un proceso de razonamiento sólido.

El *campo jurídico* no ha sido ajeno a las mentadas innovaciones. Por ejemplo, una nueva tecnología llamada *blockchain* provoca enormes cuestionamientos: ¿qué son las divisas digitales?, ¿resulta posible el uso de estas en los sistemas democráticos como medio de votación?, ¿cómo tutelar la privacidad de las personas ya que emplean datos personales en gran escala?, ¿son válidos los *smart contracts*, programas que vinculan a distintas personas y al cumplirse sus condiciones, y se autoejecutan?

Los referidos aspectos justifican que se profundice la ponderación en lo que podría denominarse *medicina 4.0*.

VII. La medicina en la sociedad digital

El tópico en estudio presenta una *fisonomía* que resulta netamente distinta a la que arrojaba a mitad del siglo XX. Novedosos procedimientos contribuyen en la actualidad a que una persona humana lleve una vida digna.

Nuevas perspectivas se abren paso para el análisis doctrinario. Por ejemplo: “El volumen de datos médicos y científicos generados hace imposible que cualquier médico/a esté en condiciones de mantenerse debidamente actualizado; esta situación resiente un deber galénico repetido desde tiempo

97 Ídem.

inmemorial, vinculado a la obligación de actualización permanente; aquí se observa claramente, en términos de responsabilidad profesional, un necesario replanteo crítico de la tesis tradicional. Es así que hoy en día existen formas concretas de utilizar los recursos de salud de un modo diferente a las de antaño, la medicina digital, la telemedicina y la inteligencia artificial son los ejemplos paradigmáticos de esta nueva era que nos obligan a repensar ciertas concepciones jurídicas tradicionales, del campo del Derecho de Daños y del Derecho de Consumo, o al menos a revalorizar las conductas humanas en tales ámbitos”⁹⁸.

VII.1. *El uso de la inteligencia artificial y los robots*

Comenzamos definiendo lo que se hace llamar como *inteligencia artificial*:

“[...] es toda técnica de procesamiento de información caracterizada por hacer cálculos sobre determinada información en un espacio dimensional virtual y construido mediante operaciones –generalmente no lineales– llevadas a cabo dentro del propio algoritmo para aprovechar diversas propiedades de espacios altamente dimensionales”⁹⁹.

Su característica central consiste en la utilización de algoritmos: y que se corresponde con *una serie metódica de pasos* que pueden ser empleados para realizar *cálculos*, resolver *problemas* y tomar *decisiones*.

Vayamos a otro de los aspectos dominantes en este Nuevo Mundo Médico 4.0, los *robots*.

Han sido concebidos como: “[...] una máquina, provista de cierta complejidad tanto en sus componentes como en su diseño o en su comportamiento, y que manipula información acerca de su entorno para así interactuar con él”¹⁰⁰.

Generalmente se indica que¹⁰¹:

- Todo *robot* goza de capacidad para *recoger* datos mediante sensores (sentir).
- Todo *robot* posee capacidad de *procesar* los datos en bruto (pensar).

98 Maglio, I. y Wierzba, S. M. “Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil”. *La Ley online*, AR/DOC/2387/2018, Punto I.

99 García-Prieto Cuesta, J. (2018). “¿Qué es un robot?”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, Moisés. España. Kluwer Wolters, 46.

100 *Ibidem*, 38.

101 Barrio Andrés, A. “Del derecho de Internet al derecho de los robots”. *Derecho de los robots*. Ob. cit., 69-70.

- Todo *robot* tiene capacidad de *planificar* y *cumplir* acciones mediante conocimientos e informaciones adquiridos, generalmente en función de objetivos prefijados (actuar).

Le compete el honor a Isaac Asimov de formular las *tres reglas básicas* de la robótica:

- Un robot *no puede perjudicar* a un ser humano, ni con su inacción permitir que este último sufra daño.
- Un robot *ha de obedecer* las órdenes recibidas de un ser humano, excepto si tales órdenes entran en conflicto con la primera ley.
- Un robot *debe proteger* su propia existencia mientras tal protección no entre en conflicto con la primera o segunda ley.

Más tarde, el mentado autor incorporaría la Ley Cero, que gobierna las tres anteriores: “[...] un robot no puede perjudicar a la humanidad, ni con su inacción permitir que la humanidad sufra daño”¹⁰².

Ahora bajemos esto en el terreno de la actual facticidad, es decir, a *su empleo en el ámbito médico*¹⁰³.

1. Las prótesis robóticas ayudan a la restitución de la locomoción de la persona afectada. Órdenes emanadas del cerebro permiten que aquéllas lleven a cabo el movimiento debido. Pertenecen a este elenco los exoesqueletos y las órtesis activas.
2. *Intervienen* en la rehabilitación de los sujetos que ven disminuidos sus funciones motoras.
3. Contribuyen en la asistencia de las personas internadas en los hospitales en aras de aligerar el trabajo del personal médico. Se torna posible que ellos limpien, repartan las medicinas y verifiquen la temperatura del enfermo.
4. Se usan muy a menudo en las operaciones más complejas en donde se requieren ciertas dosis de exactitud, como por ejemplo a nivel cerebral, o de fuerza, tal como romper un hueso sin afectar el tejido.

A nivel de cirugía: “La telecirugía asistida permite, mediante una comunicación permanente por televisión entre el experto y el cirujano que está realizando la operación, aconsejar y dirigir los gestos que se han de

¹⁰² Aransay Alejandro, A. M. “Antecedentes y propuesta para la regulación jurídica de los robots”. *Derecho de los robots*. Ob. cit., 394.

¹⁰³ Se han seguido las ideas vertidas en: García Portero, R. “Los robots en la sanidad”. *Derecho de los robots*. Ob. cit., 205.

realizar en cada momento para el buen éxito de la operación. La telerrobótica, en cambio, habilita a un cirujano situado a miles de kilómetros poder dar las órdenes precisas a un robot para que realice la operación. El robot reproduce en cada momento los gestos que el cirujano le está indicando”¹⁰⁴.

Quizás la máquina más conocida a nivel mundial sea el robot Da Vinci®: “Consiste en una aparatología en la que el cirujano no realiza de forma directa la cirugía, sino que la lleva a cabo en una habitación contigua al quirófano, donde controla los cuatro brazos del robot y observa las imágenes de alta definición en 3D de la cirugía que está practicando”¹⁰⁵.

VII.2. Telemedicina

Se caracteriza por la atención por parte del galeno a distancia, reemplazando la consulta tradicional, personal y presencial del paciente.

Ofrece grandes beneficios, especialmente, en épocas de la pandemia COVID-19 que nos toca vivir al momento de redactar este ensayo; permite la consulta de personas que se encuentran alejadas de los grandes centros urbanos. Torna posible profundizar los conocimientos médicos por partes de los galenos que se hayan establecido en zonas rurales. El empleo de *smart phone* posibilita que los médicos tengan acceso a las historias clínicas en tiempo real. Contribuye a una *más ordenada* distribución de turnos, seguimientos de tratamientos y reducción de costos.

Especial atención merece el uso de las aplicaciones móviles para salud que, en base a los datos suministrados, realizan diagnósticos y monitorean el estado del afectado en el tiempo. Es dable que tales situaciones susciten la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor¹⁰⁶.

Sin embargo, se advierte una gran preocupación por parte de los especialistas: se debe evitar caer en la *deshumanización* y *degradación* de las relaciones humanas¹⁰⁷. Acaece una disminución en la relación profesional, obedeciendo a que no hay un contacto cara a cara.

No obstante, sin lugar a dudas, se trata de un acto médico. Debe transcribirse en la historia clínica¹⁰⁸. La *confidencialidad* no debe ser vulnerada, resultando ilícito la publicación de los datos esenciales de la entrevista a distancia.

104 Ídem, 210.

105 Ídem, 216.

106 Maglio, I. y Wierzbza, S. M. Ob. cit., Punto V.

107 Ídem, Punto II. Otra crítica que se ha esgrimido contra la telemedicina radica en ser un canal de precarización de la actividad médica.

108 La transcripción en la historia clínica posibilitará la realización de una auditoría.

Como corolario de la prescindencia de la entrevista presencial, a fin de proceder a una correcta identificación del paciente, se tornaría aconsejable que se usaren claves de acceso al entorno virtual. También, al adoptarse este mecanismo, se respetará el principio de privacidad que impera en la materia.

Si el galeno quisiera grabar la conversación a distancia, tendría que contar con el consentimiento del paciente (art. 53¹⁰⁹ del Código Civil y Comercial). La misma solución se impone si quisiera exhibir, por ejemplo, la caracterización de los síntomas a otro colega.

Se torna conveniente que se establezca una regulación al respecto donde, por ejemplo, se establezca la competencia judicial debida.

VII.3. Medicina genómica

Escurrir el mapa del *genoma humano* ha sido una de las investigaciones más relevantes en los últimos treinta años.

En 1986 fue conocido a nivel científico, en la publicación de la revista *Science*, el afán de llevar a cabo el Proyecto del genoma humano; simultáneamente, se organizó un consorcio en EE. UU., dirigido por el doctor James Watson, quien descubriera el ADN, a fin de alcanzar el apuntado objetivo. Su primera fase terminó en abril de 2003, y se transformó en un *gran hito* de la medicina contemporánea.

El instituto en análisis brinda un gran servicio: al permitir detectar las distintas variaciones que acaecen en el ADN humano y que provocan enfermedades que comparten muchas personas, habilita diseñar mecanismos que intentan mejorar el tratamiento de los pacientes, aquejados por aquéllas¹¹⁰. Nuevas técnicas, ciertamente *sofisticadas*, y *novedosos reactivos* han nacido del desarrollo de esta nueva rama de la medicina.

109 Artículo 53 del Código Civil y Comercial de la Nación: “Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

110 “Su propósito se aplica a condiciones comunes como el cáncer de mama, cáncer colorrectal y otros tipos de cáncer, las infecciones como la tuberculosis y la del HIV, enfermedad de Alzheimer, enfermedad de Parkinson, diabetes y la obesidad”, Di Lonardo, A. M. “Medicina personalizada o medicina de precisión: consideraciones éticas”. *La Ley online*, AR/DOC/4335/2016, Punto I.

La mentada explicación obliga a que el operador jurídico haga un esfuerzo en aras de aprender nuevos vocablos. El legislador, a su vez, se encuentra obligado a plasmar nuevas soluciones que distan de las tesis tradicionales.

Imbuidos del citado espíritu, cabe indicar *cuatro* facetas:

Faz preventiva

Como consecuencia de determinarse la base genética, el genotipo, es dable predecir qué tipo de enfermedades puede contraer un individuo.

Faz predictiva

Paralelamente, permite conocer con cierta dosis de exactitud la influencia de cierto fármaco en el organismo de una persona¹¹¹.

Tal es el avance obtenido que, por ejemplo, en la doctrina se habla de la firma molecular (*molecular signature*) o la huella del cáncer (*cancer fingerprint*)¹¹².

Faz de precisión

Se trata de llevar a cabo la mayor identificación posible de las distintas etapas biológicas que arrojan las enfermedades. La información que se aspira obtener es el resultado del *entrecruzamiento* de distintas bases de datos y los aportes más profundos logrados a través de sistemas de secuenciación de última generación¹¹³.

Faz personalizada

Consiste en aplicar el tratamiento más eficaz para cada sujeto en base a los datos que surjan de su propio genoma.

Se basa en técnicas de cuidados médicos focalizados en el propio paciente (*patient-centered care*), donde se contemplan sus preferencias, sus valores, sus necesidades o su percepción de la enfermedad¹¹⁴.

La meta radica en conseguir la mayor cantidad de efectos posibles y reducir las consecuencias perjudiciales.

111 Ídem, Punto II.

112 Ídem, Punto II.

113 Ídem, Punto III.

114 Ídem, Punto IV.

VII.4. El uso de la nanotecnología

Se trata de *tecnología disruptiva*. Su objetivo consiste en estudiar “el comportamiento de la materia a escala nanométrica, es decir, a nivel atómico y molecular”¹¹⁵.

La escala nano permite modificar las más diversas partículas en sus aspectos fisicoquímicos y biológicos.

La idea central estriba en llevar a cabo operaciones en los elementos del átomo a niveles muy pequeños, molecular. Se estima como punto inicial de esta materia el discurso del profesor Richard Feynman, “There’s Plenty of Room at the Bottom”, pronunciado el 29 de diciembre de 1959.

Su utilidad en la medicina ha sido resumida de la siguiente manera: “Nuevos métodos para el diagnóstico de enfermedades; protocolos para la administración de medicamentos con efectos secundarios negativos mínimos (enviando los fármacos a lugares específicos); vendas que evitan infecciones y facilitan la regeneración de piel en quemaduras; sistemas de etiquetado molecular”¹¹⁶.

Sin embargo, cabe destacar que presenta una faceta que preocupa a los expertos: las cuestiones de toxicología que puede irradiar la nanotecnología y sus consecuencias nocivas en la salud de las personas que la usen¹¹⁷. Ciertas investigaciones han demostrado que si bien las nanopartículas resultan absorbidas, existe una posibilidad de que ocasionen *stress* en los órganos involucrados¹¹⁸.

VIII. Conclusiones

La primera impresión que se obtiene a través de las modestas líneas vertidas finca en observar que la responsabilidad médica resulta muy importante para el paciente visto como una potencial víctima. Deben ser ponderadas, de manera cuidadosa, por parte del operador jurídico, las novedosas cuestiones que se crean a partir de la *Medicina 4.0*.

115 Foladori, G. y Invernizzi, N. (2019). “Una visión crítica de las nanotecnologías disruptivas”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Editor: Navas-Sierra, Jesús Alberto. Bogotá, Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 68.

116 García-Guerrero, M. (2019). “La fiebre de las nanotecnologías: promesas, inversión y resultados cortos en la era de la tecnociencia”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Bogotá. Editor: Navas-Sierra, Jesús Alberto. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, 99.

117 Ídem, 100.

118 Ídem.

Retornando a los *específicos* planteos introducidos al explicar la faz metodológica, cabe predicar que:

- a) La responsabilidad médica pertenece al género de los profesionales liberales.
- b) Se encuentra sujeta, en principio, a la normativa de la esfera de la responsabilidad contractual.
- c) No se producen en los cuatro presupuestos del responder civil –anti-juricidad, relación de causalidad, daño y factor de atribución– modificaciones esenciales.
- d) Se tornan elementos de primigenio valor para determinar la extensión de la responsabilidad el dictamen pericial y la historia clínica.
- e) El factor de atribución atinente al quehacer de los galenos corresponde a las pautas del artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación. No se justifica postular la existencia de una culpa grave al estilo del Código italiano, pues es suficiente con el estándar flexible del citado artículo 1724.
- f) Salvo circunstancias especiales, se califica a la obligación de los profesionales de la salud como de medios. Sin embargo, la cuestión ha dejado de poseer la trascendencia que antaño se le adjudicaba: la teoría de las cargas dinámicas ha resuelto el problema de la individualización del sujeto que debe desarrollar una actividad probatoria. Prueba de ello es el artículo 1735 del Código Civil y Comercial de la Nación, que permite al magistrado distribuir la acreditación de la culpa o de la actuación debidamente diligente.
- g) En principio, el jefe clínico del equipo médico no debe asumir la satisfacción del daño irrogado por el anestesta. El conocimiento técnico y autónomo de este último impide que se lo considere dependiente del primero.
- h) Las instituciones médicas son responsables por el deficitario cumplimiento del plan prestacional a su cargo. Resulta indiferente que haya sido determinada la persona de su staff la que provocó el daño o que se configure la hipótesis de autor anónimo.
- i) Habían devenido insuficientes las reglas del Código Civil que concibió Dalmacio Vélez Sarsfield, reformado por la Ley N° 17.771. Nuevas situaciones de la realidad imponían un marco normativo propio de los tiempos contemporáneos.
- j) Destacamos la consagración de una norma para disciplinar la de los profesionales (art. 1768).

Respecto a este último punto, solo cabe abogar por que este intento de *aggionar* el Derecho Privado argentino cumpla con el objetivo que se había propuesto la Comisión Redactora: propender a una adecua-

da tutela a la persona humana y a instaurar una *verdadera ética* de los vulnerables¹¹⁹, dignos propósitos para fortalecer a la República Argentina del siglo XXI.

- k) Los perfiles que ofrece la *Medicina 4.0* deben ser objeto de un cuidadoso análisis por parte de los operadores jurídicos contemporáneos. Se destaca en este espectro: la inteligencia artificial, la robótica, la telemedicina, la medicina genómica y el uso de la nanotecnología.

IX. Bibliografía

- Alterini, A. A. “Soluciones del Proyecto de Código en materia de Responsabilidad Civil”. *La Ley online*, AR/DOC/3802/2012.
- Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. (1988). *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*. Buenos Aires. La Ley.
- Alterini, A. A.; Ameal, O. J. y López Cabana, R. M. (2000). *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*. 2ª ed. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Aransay, A. (2018). “Antecedentes y propuesta para la regulación jurídica de los robots”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- Barrio Andrés, A. (2018). “Del derecho de Internet al derecho de los robots”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- Belluscio, A. “Obligaciones de medio y resultado. Responsabilidad de los sanatorios”. *La Ley online*, AR/DOC/13116/2001.
- Bueres, A. J. (2006). *Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Bustamante Alsina, J. “Prueba de la culpa médica”. *La Ley online*, AR/DOC/8593/2001.
- Bustamante Alsina, J. “Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de la profesión”. *La Ley* 1976-C, 63.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Cazeaux, P. N. y Trigo Represas, F. A. (1994). *Derecho de las obligaciones*. 3ª Edición aumentada y actualizada. La Plata Librería Platense.
- Chabas, F. “Responsabilidad médica y seguro en el Derecho francés”. *La Ley online*, AR/DOC/10221/2001.
- Di Lonardo, A. M. “Medicina personalizada o medicina de precisión: consideraciones éticas”. *La Ley online*, AR/DOC/4335/2016.
- Díaz, V. L. “Revolución industrial 4.0. ¿Destrucción o nacimiento de la fuerza laboral?”. *La Ley online*, AR/DOC/3593/2017.
- Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., on-line, <http://www.rae.es/rae.html/>, consultado el: 15-5-2020.

119 Lorenzetti, R. (2018). “El paradigma protectorio tutela a los débiles”. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. El Derecho, n° IX, 10.

- Fernández Costales, J. (1988). *El contrato de servicios médicos*. Madrid. Editorial Civitas.
- Foladori, G. y Invernizzi, N. (2019). “Una visión crítica de las nanotecnologías disruptivas”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Editor: Navas-Sierra, J. A. Bogotá. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.
- Fossaceca, C. A. (2012). “Tratados Internacionales, Corte y Comisión Interamericana de Derechos Humanos como fuentes modernas del ordenamiento jurídico argentino del siglo XXI (su recepción en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012)”. Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/investigacion/tratadosinternacionales-corte-comision.pdf> (consultado el: 14-12-2019).
- García-Guerrero, M. (2019). “La fiebre de las nanotecnologías: promesas, inversión y resultados cortos en la era de la tecnociencia”. *Tecnologías disruptivas del proceso de globalización*. Editor: Navas-Sierra, J. A. Bogotá. Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.
- García Portero, R. (2018). “Los robots en la sanidad”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- García-Prieto Cuesta, J. (2018). “¿Qué es un robot?”. *Derecho de los robots*. Director: Barrios Andrés, M. España. Kluwer Wolters.
- Garrell Guiú, A. y Guílera Agüera, L. (2019). *La Revolución Industrial 4.0 en la sociedad digital*. Valencia. Marge Books.
- Gherzi, C. A. “Nueva reglamentación de la ley de derechos del paciente”. *La Ley online*, AR/DOC/3705/2012.
- Gross Espiell, H. (2003). *La dignidad humana en los instrumentos internacionales de derechos humanos*. PNUD.
- Lafaille, H. (2009). *Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones*. Actualizado por Bueres, A. J. y Mayo, J. A. Provincia de Buenos Aires. La Ley-Ediar.
- Lamanna Guiñazú, E. C. y Fossaceca, C. A. (h) (noviembre 2018). *Reflexiones en torno a la figura de los daños punitivos (art. 52 bis, Ley N° 24.240)*. Colección Compendio Jurídico, Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Erreius, 887.
- Larroumet, Ch. (2001). “Tendencias en materia de hecho generador de la responsabilidad médica”. *Derecho Privado-Libro Homenaje al Profesor Alberto J. Bueres*. Buenos Aires. Hammurabi.
- López Espinoza, J. A. y Botell, M. (jul.-ago. 2002). *Avances de la medicina en el siglo XX*. Revista Cubana de Medicina General Integral. V. 18, n. 4. Ciudad de La Habana.
- López Mesa, M. J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”. *La Ley online*, AR/DOC/377/2016.
- Lorenzetti, R. (2018). “El paradigma protectorio tutela a los débiles”. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires. El Derecho, n° IX.
- Lorenzetti, R. L. (1998). *La Empresa Médica*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. L. “Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional”. *La Ley online*, AR/DOC/11834/2001.
- Lorenzetti, R. L. (1997). *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.

- Lorenzetti, R. L. "Sistema de Derecho Privado actual". *La Ley online*, AR/DOC/15848/2001.
- Maglio, I. y Wierzba, S. M. "Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil". *La Ley online*, AR/DOC/2387/2018.
- Messina de Estrella Gutiérrez, G. N. (1997). "La responsabilidad civil del anestesista". *Responsabilidad por daños en el Tercer Milenio*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 721.
- Mosset Iturraspe, J. (1982). *Responsabilidad por daños*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Pereiro de Grigaravicius, M. D. "La medicina y la ingeniería genética como causa de daño". *La Ley online*, AR/DOC/1600/2019.
- Peyrano, J. W. "El indicio vehemente". *El Derecho* 190-2001-659.
- Peyrano, J. W. "Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas". *El Derecho* 153-967.
- Peyrano, J. W. y Chiappini, J. O. "Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas". *El Derecho* 107-105.
- Picasso, S. "Algunos aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en el Derecho Argentino". *Cuadernos de Análisis Jurídico*. T. IV. Colección de Derecho Privado. Director: Carlos Pizarro Wilson. Santiago de Chile. Universidad Diego Portales (sin fecha), 155, <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/07.pdf> (consultado el: 15-5-2020).
- Piñeiro, D. y Ferreres, A. (2009). "El error en la práctica médica". *La prueba científica y los procesos judiciales*. Coordinadora: Iñigo, D. B. Buenos Aires. La Ley.
- Ponce, C. R. "El juez y la prueba científica". *Diario El Derecho* del 12 de diciembre de 2007.
- Prieto Molinero, R. J. "Causalidad e imputación objetiva en la responsabilidad civil". *La Ley online*, AR/DOC/1560/2014.
- Tanzi, S. *La responsabilidad profesional y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Derecho Privado. Reformas del Código Civil II. Obligaciones y Responsabilidad, Año 1, Número 3, 169.
- Tobías, J. W. "En torno a la responsabilidad civil de los médicos". *El Derecho* 84-832.
- Trigo Represas, F. A. (2003). "Responsabilidad civil del médico anestesista". *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Tomo 4 B. Director: Bueres, Alberto; Coordinadora: Highton, Elena I. Buenos Aires. Hammurabi.
- Ubiría, F. A. (2012). "La responsabilidad civil". *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires. El Derecho.
- Vázquez Ferreyra, R. (2002). *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Zavala de González, M. M. "Actualidad en la jurisprudencia sobre Derecho de Daños Relación de causalidad". *La Ley online*, AR/DOC/3279/2001.