



**UCA**

---

**Pontificia Universidad Católica Argentina**

**SANTA MARÍA DE LOS BUENOS AIRES  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE POSGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA  
Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO  
EN LA ARGENTINA**

**MARÍA INÉS BIDJIMENIAN**

**Ciudad Autónoma de Buenos Aires, febrero del 2022**

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>3</b>
<b>CAPÍTULO 1. La responsabilidad civil médica y sus presupuestos .....</b>	<b>6</b>
1.1. Principios generales sobre responsabilidad civil en Argentina. La Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos .....	6
1.2. La responsabilidad civil médica: consideraciones generales.....	9
1.3. Los presupuestos de la responsabilidad civil y la responsabilidad civil médica .	15
1.3.a. Antijuridicidad.....	15
1.3.b. Daño .....	16
1.3.c. Relación de causalidad .....	18
1.3.d. Factor de atribución.....	20
<b>CAPÍTULO 2. El consentimiento informado en el derecho argentino ....</b>	<b>23</b>
2.1. El consentimiento informado: concepto, nociones generales .....	23
2.2. El consentimiento informado en la Ley 17.132: reglas para el ejercicio de la medicina, la odontología y sus actividades de colaboración .....	29
2.3. El consentimiento informado en la Ley 26.529 y su Decreto Reglamentario 1089/2012 .....	29
2.4. El consentimiento informado en el Código Civil y Comercial.....	34
2.5. Sujetos obligados a dar el consentimiento. Capacidad .....	36
2.6. El deber de informar .....	38
2.7. Forma del consentimiento informado .....	42
2.8. Obligatoriedad del consentimiento .....	44
2.9. Omisión del consentimiento .....	45
2.10. Directivas anticipadas .....	47
2.11. Revocabilidad del consentimiento .....	51
2.12. Nulidad del consentimiento. Requisitos. Consecuencias.....	52
<b>CAPÍTULO 3. El consentimiento informado y la responsabilidad civil..</b>	<b>54</b>
3.1. Responsabilidad civil y consentimiento informado .....	54
3.2. Casos en los que el médico responde y casos en los que no.....	54
3.3. Alcance de los daños.....	58
3.4. La pérdida de chance .....	58
3.5. Relación causal: factor subjetivo .....	63
3.6. Eximición total de responsabilidad.....	64
3.7. Supuestos de vicios del consentimiento.....	67
3.8. Supuestos de negligencia, dolo, mala praxis .....	69
3.9. Carga probatoria en materia de responsabilidad civil médica .....	70
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>74</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>76</b>

## INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos la responsabilidad civil, especialmente con relación a los médicos y en referencia al consentimiento informado. Enfocaremos la problemática desde la relación asimétrica entre el médico y el paciente, dado que el médico se encuentra en un grado superior de conocimientos respecto de la salud del paciente.

Tendremos en cuenta que es responsable quien incumple una obligación, ya sea por acción u omisión, y genera un daño injustificado. Así, la responsabilidad civil es la obligación de indemnizar, resarcir el daño, si se lesiona un derecho o interés ajeno. Además, para que exista ese resarcimiento debe existir un nexo causal adecuado entre el hecho y el daño. Por último, cualquier acción u omisión que causa un daño es antijurídica si no está justificada.

El agente puede obrar con culpa o dolo. La culpa sugiere la omisión de la conducta debida, comprende la imprudencia, la negligencia o la impericia. En cambio, el dolo es la causación del daño de manera intencional. A su vez, el consentimiento informado es una declaración de voluntad del paciente luego de recibir, por parte del médico, la información clara, precisa y adecuada respecto de su salud, los riesgos de los tratamientos médicos propuestos, las distintas alternativas que tiene a su alcance, cuáles son, qué consecuencias y cuántas probabilidades de éxito tiene cada una de ellas, en relación con la experiencia que la medicina le confiere.

A partir de allí, el paciente debe decidir cuál de los tratamientos médicos propuestos quiere llevar a cabo, tomando en cuenta los riesgos, los costos y las probabilidades de éxito. Por supuesto, también tiene derecho a rechazar el o los tratamientos médicos propuestos. En este caso, su voluntad debe constar por escrito, lo que libera al profesional de responsabilidad médica.

Surgen, además, circunstancias en las que el paciente decide abandonar el tratamiento médico para el cual previamente prestó su consentimiento. En ese caso, la responsabilidad del médico en cuanto al obrar diligente de su conducta llega hasta el momento de la renuncia del paciente. Como dijimos anteriormente, esto debe quedar plasmado por escrito para liberar de responsabilidad al médico.

En suma, el paciente es libre de decidir qué tratamiento médico elegir. Puede tomar una decisión y luego observar que hay otras alternativas. También puede consultar a diferentes profesionales que le proponen otros métodos médicos para atravesar su dolencia, o simplemente puede decidir no continuar. Esto se basa en la autonomía de la voluntad.

El médico es un profesional universitario, formado en la especialidad o en la materia, a cuya consulta acude el enfermo para mejorar su enfermedad o para curarla totalmente. La relación médico-paciente es, sin lugar a duda, una relación de confianza.

La responsabilidad médica en cuanto al no otorgamiento de información previa al paciente surgió como un daño indemnizable. Por esa razón, surge la obligación de reparar el daño, la responsabilidad médica directa por negligencia, imprudencia o impericia, y se hace imperativo solicitar al paciente su consentimiento previamente informado.

El objetivo del presente trabajo es echar luz sobre la relación médico-paciente en cuanto a los tratamientos propuestos, la adecuada información que dará lugar al consentimiento informado, y los alcances de la responsabilidad médica. Además, se pretende determinar

cuándo el médico es responsable y en qué supuestos no, así como explicar la importancia de otorgar el consentimiento informado.

La presente obra se divide en tres capítulos. Posteriormente, arribaremos a una conclusión final, que se elaborará con base en todos los temas tratados.

En el primer capítulo, nos referiremos al tema de la responsabilidad civil médica y sus presupuestos, para luego adentrarnos en el epicentro del tema.

En el segundo capítulo, abordaremos el consentimiento informado en el derecho argentino. Puntualmente, desarrollaremos el concepto, las nociones generales, las leyes que lo regulan, los sujetos obligados, el deber de informar, la forma y su obligatoriedad. Tendremos especialmente en cuenta que la relación médico-paciente es desigual; por ello trataremos la forma en que se le da al paciente la información debida. Asimismo, nos detendremos en la omisión de consentimiento informado, las directivas anticipadas y la revocabilidad del consentimiento. Por último, analizaremos el tema de la nulidad del consentimiento informado.

En el tercer capítulo, haremos mención del consentimiento informado y la responsabilidad civil médica. En concreto, señalaremos los casos en los que el médico responde y aquellos en los que no. Nos referiremos al tema de los daños, la pérdida de chance, la relación causal, así como a la eximición de responsabilidad total, identificando los casos en los que opera. También identificaremos los vicios del consentimiento y, finalmente, abordaremos la negligencia, el dolo, la mala praxis y la carga probatoria.

Es importante destacar que nos referiremos indistintamente a “médicos”, “profesionales médicos”, “galenos”, “profesionales de la salud”, aunque no sean sinónimos en sentido estricto. Asimismo, si bien “asentir” es admitir o afirmar algo, y “consentir”, permitir o aceptar algo, en este trabajo se tomarán ambos conceptos como equivalentes.

Deben concurrir las conductas tanto del médico como del paciente para obtener resultados deseados, en las que el médico prescribe una intervención y el paciente comprende lo prescripto por el médico. Así, ambos en conjunto avanzan con el procedimiento del tratamiento o no.

Entendemos que, si bien la obligación del médico, en líneas generales, es mayormente de medios, no lo es plasmar la información por escrito y solicitarle al paciente su consentimiento mediante la firma de un formulario que exterioriza lo conversado. En otras palabras, la obtención del consentimiento informado es una obligación de resultado.

En otras palabras, nuestro trabajo versa fundamentalmente sobre la responsabilidad civil médica, la responsabilidad por los actos médicos, las consecuencias legales del obrar con culpa o dolo, y el vínculo que existe con el consentimiento informado.

En definitiva, el punto principal del trabajo es la autonomía de la voluntad y la responsabilidad de quien la vulnera. Por lo tanto, la presente obra se centra en los efectos jurídicos patrimoniales que el incumplimiento provoca, con relación a la responsabilidad civil y al consentimiento informado.

La intención de este trabajo es visualizar las fallas del sistema, para que los usuarios del sistema de salud se sientan protegidos y puedan elegir sobre su cuerpo con discernimiento, intención y libertad. Se trata de una crítica constructiva al sistema, en pos de mejorar el sistema de salud, ya que las sociedades evolucionan y con ellas evoluciona también el derecho.

Haremos hincapié en la responsabilidad médica. El profesional de la salud excepcionalmente es negligente o actúa con culpa o dolo (como ocurre en muchas otras profesiones). No se pretende de ninguna manera hacer una crítica a los médicos; ese no es el enfoque de este escrito. También hay que decir que muchos pacientes no obran “adecuadamente”, en cuanto a que no cumplen con las directivas médicas, las cumplen a medias o hacen lo que consideran que es mejor para ellos. Esto no ayuda ni al paciente ni al médico. Al contrario, si alguien va a consultar a un profesional, deposita su confianza en él y, en consecuencia, debe obedecer las directivas impartidas.

Es fundamental que ambas partes actúen de buena fe. Ciertamente, tal como lo establece nuestro ordenamiento jurídico, los derechos deben ser ejercidos de buena fe.

Todos somos pacientes y usuarios del servicio de salud, incluso los médicos. Por eso este trabajo está orientado a toda la sociedad.

La responsabilidad civil es un pilar fundamental que hace que las personas obren con responsabilidad, conciencia y la diligencia debida, prestando atención a no causar daños injustificadamente a terceros. Para ello, existe la norma que determina la responsabilidad y el resarcimiento en caso de obrar con dolo o culpa. En consecuencia, el incumplimiento causa efectos jurídicos patrimoniales.

El Código Civil y Comercial fortalece al paciente para defenderse de las injusticias que provocan los incumplimientos por parte del sistema de salud. A partir de la reforma del Código Civil por el Código Civil y Comercial, se ha tutelado el interés del paciente, a quien el legislador considera vulnerable.

En la responsabilidad civil médica, tanto la acción como la omisión por parte del galeno generan efectos jurídicos patrimoniales. Así, si el médico obra con prudencia y con la debida diligencia, no se verificará la antijuricidad de su conducta, lo cual lo liberará de responsabilidad. Por esa razón, surge la obligación de solicitar al paciente su consentimiento informado.

## **CAPÍTULO 1. La responsabilidad civil médica y sus presupuestos**

En el presente capítulo nos ocuparemos de la responsabilidad civil en la Argentina, la responsabilidad civil médica en particular y los presupuestos de esta.

### **1.1. Principios generales sobre responsabilidad civil en Argentina. La Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos**

Existe responsabilidad civil cuando una persona incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado a otra persona o a su patrimonio, ya sea por acción o por omisión. En ese caso, el damnificado tiene derecho a una indemnización por el daño sufrido.

Según establece el art. 1737 del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC), “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

Asimismo, conforme al art. 1738 del CCyC, “la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances”. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia de su proyecto de vida.

En cuanto a la noción de responsabilidad profesional, esta 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. 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”<sup>1</sup>.

La conducta no acorde puede ser por negligencia, imprudencia o impericia en su obrar. El profesional debe responder en la medida del daño causado.

Con respecto a los tratados internacionales, se ha dicho que resultan “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 argentino, siendo muy habitual referirse a estos como el bloque constitucional de los tratados”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p. 123.

<sup>2</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.119.

En nuestra Constitución Nacional (en adelante, CN), el art 19 dispone lo siguiente: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Es el llamado principio de reserva el que menciona el art. 19 de la CN. Este establece que ningún habitante está obligado a hacer lo que la ley no mande ni privado de lo que esta no prohíbe, siempre y cuando no se ofendan el orden y la moral pública, ni se perjudique a un tercero. El artículo nos indica que el sujeto es libre y que puede hacer lo que la ley no le prohíbe.

El art. 33 de la CN, por otro lado, establece: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Dicho de otro modo, el art. 33 reconoce y resguarda los derechos implícitos: “...la Constitución reconoce no solamente los derechos y garantías expresamente mencionados (p.ej. arts. 14, 15, 18, 20. Etc.), sino, también, cualquier otro (no mencionado) que surja del principio de la soberanía popular y de la forma republicana de gobierno”<sup>3</sup>.

El art. 75 inc. 22 CN establece que corresponde al Congreso: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Como puede apreciarse, el art. 75, inc. 22 de la CN, luego de la reforma de 1994, les otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, a la par que ubica todos los tratados por encima de las leyes. Es decir, ninguna ley puede derogar un tratado.

---

<sup>3</sup> Ekmejdjian Miguel Á, *Análisis pedagógico de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 66.

Por otra parte, el art. 42 de la CN –también incorporado con la reforma de 1994–, dispone: “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. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

En lo que especialmente nos interesa, el art. 42 CN refiere que los consumidores y los usuarios de bienes y servicios tienen derecho a que se los proteja en la relación de consumo. Concretamente, señala que estos merecen un trato equitativo y digno, y que tienen derecho a la protección de su salud, su seguridad y sus intereses económicos, así como a una información adecuada, veraz, y a la libertad de elección.

También menciona que las autoridades son las que deben dictar las normas para la protección de los derechos de los consumidores. Por último, señala que la legislación será la que establezca procedimientos eficaces para la prevención. Lo que trata el art. 42 en definitiva es la tutela, la protección del vulnerable, que es, en este caso, el paciente. Fortalece al paciente, otorgándole legislación positiva que lo respalda para el ejercicio de los derechos que le son propios: decidir qué se hace o no con su propio cuerpo.

De lo anterior se deduce que la Constitución busca tutelar derechos y, al mismo tiempo, frenar abusos en las prácticas comerciales. Así, se ha interpretado que “se ha querido proteger como *interés jurídico relevante* todo lo que tiene relación con las *necesidades primarias y fundamentales* que el consumo, los bienes y los servicios debe satisfacer a favor de las personas”<sup>4</sup>.

El interés jurídico protegido es, por ende, satisfacer las necesidades primarias y fundamentales de consumo. Es la protección del más vulnerable, el consumidor. En este caso, se trata del paciente, en relación con los sistemas y proveedores de servicios médicos.

Entonces, entendemos que el art 42 menciona la salud como un bien que hay que tutelar; hay un mandato constitucional de reparar los daños, y eso es parte de la justicia que se verifica en relación con la salud. Asimismo, esto lo podemos relacionar con el art. 19 CN.

Partiendo de la premisa según la cual el ser humano es libre por naturaleza, el art.19 nos dice que esa libertad subsiste en la medida que sus acciones no ofendan el orden o la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. Además, si no hay una prohibición o si no hay una orden por parte de la ley, y siempre que el ser humano no afecte el orden o la moral pública, ni perjudique a un tercero, es libre. A su vez, la segunda parte del artículo consagra claramente el principio de legalidad.

---

<sup>4</sup> Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, tomo II, p. 93.

“El creciente valor asignado a la vida humana como el primer derecho humano fundante del sistema jurídico, la salud como el bien máspreciado y que por tanto requiere máxima tutela, se ve reflejado en el texto constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 42) y en el rigor con el que se exige la prestación del servicio médico, el cumplimiento de 'estándares' cada vez más elevados, reflejo o síntoma del proceso social”<sup>5</sup>.

A medida que pasó el tiempo, la relación médico-paciente se ha ido desgastando. Ello provocó que los médicos quisieran “cubrirse” de las posibles demandas, y eso, muchas veces, los lleva a condicionar su proceder.

## **1.2. La responsabilidad civil médica: consideraciones generales**

El médico, que cuenta con los conocimientos que la ciencia le provee, debe hacer todo lo que esté a su alcance para curar al paciente de las enfermedades que tiene. Si no lo puede curar, debe intentar que el paciente no sufra, alivie los dolores y lleve la mejor calidad de vida posible. Concretamente, debe darle el cuidado y la atención que amerite el cuadro del enfermo.

Por lo general, los pacientes acuden a un médico en búsqueda de una solución al problema de salud que los aqueja, pero también buscan contención y empatía por parte del profesional.

El paciente quiere, consciente o inconscientemente, saber que el médico lo entiende, que sabe lo que está sufriendo, que le importa como persona. Puede afirmarse que la profesión médica conlleva valores humanos que van más allá de la ciencia, como son la sensibilidad, la honestidad, la confianza y el compromiso.

En cambio, si el médico obra con negligencia, esto da derecho al paciente damnificado a una indemnización. Por ello, él o sus herederos pueden demandar al médico por mala praxis por los daños causados en ocasión y ejercicio de sus funciones.

La mala praxis médica surge de la responsabilidad que tiene el profesional médico por obrar con negligencia. Esto acarrea un daño, una lesión al paciente tratado. Como mencionamos anteriormente, una vez probado el daño, el paciente tiene, en consecuencia, derecho a una indemnización.

Doctrinariamente se ha escrito mucho sobre si la obligación médica es de medios o de resultados. Sin lugar a duda, la doctrina ampliamente mayoritaria concluye que los médicos tienen una obligación de medios. Esto significa que harán todo lo que la *lex artis* médica les confiere, obrando con diligencia, para arribar al mejor resultado posible.

Como dijimos, “predomina en nuestra doctrina y jurisprudencia, la opinión de la obligación contraída por los médicos es de medios y no de resultado. Ellos no se obligan a tener un resultado, que en caso sería la curación del enfermo (salvo en el caso de la cirugía estética), sino a poner toda su ciencia y diligencia en el tratamiento. Por

---

<sup>5</sup> Ubiría, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ra. ed., 1ra. reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 520.

consiguiente, no son responsables de que el enfermo no haya curado si demuestran que actuaron con esa diligencia”<sup>6</sup>.

Claro está que cada ser humano es distinto y puede responder de distinta manera a un tratamiento o medicación; hay que tener en cuenta la totalidad de su cuerpo, las enfermedades con relación a esa particular afección que el médico trata en ese momento. A pesar de que existen estadísticas orientativas de casos similares, no nos ofrecen un cien por ciento de certeza sobre la cura de la enfermedad.

En cuanto a las prestaciones de medios y de resultado, también podemos agregar lo siguiente: “En las primeras, su cumplimiento se satisface con una actividad diligente e idónea para alcanzar el objetivo perseguido por las partes, aun cuando éste no se obtenga (por ej., la obligación asumida por un abogado de defender penalmente a un cliente a quien se le imputa un delito; la que surge del contrato de trabajo, etc.). Obligaciones de resultado son aquellas cuyo objeto consiste en la obtención de un resultado, que es asegurado por el deudor y cuya no consecución frustra el interés del acreedor (v.gr., la obligación que asume el transportista de transportar a un pasajero al lugar de destino, en la forma y modo convenidas y en condiciones de indemnidad; la obligación del arquitecto respecto de su cliente de elaborar los planos de una casa; la que pesa sobre el constructor de edificar una vivienda, etcétera)”<sup>7</sup>.

Por ende, podemos asemejar la profesión del médico a la del abogado, dado que, en ambas, por lo general, la prestación es de medios.

Sin embargo, hay ocasiones en las que los profesionales de la salud tienen una obligación de resultado. Son casos muy específicos en los cuales la actividad resulta concluida con un resultado. Por ejemplo, la cirugía estética tiene por fin embellecer o corregir alguna parte del cuerpo de la persona que le gustaría modificar. En cambio, la cirugía reparadora tiene como objeto curar a la persona de una afección de salud.

Así, “...la actuación médica sobreviene generalmente en circunstancias en que el cliente no padece afección alguna. En caso contrario, lo que también suele ocurrir, la cirugía correctora o reparadora tiene un fin terapéutico que absorbe en su finalidad la preocupación meramente estética que también puede satisfacer. En segundo lugar, la intervención del médico sólo está justificada en los casos por la finalidad perseguida de lograr un efecto favorable desde el punto de vista estético. Ello supone que el médico ha pronosticado al cliente ese resultado, pues no otro es el objeto del consentimiento que éste ha prestado”<sup>8</sup>.

Por ello, el consentimiento prestado en una cirugía estética se centra en lograr un resultado en concreto. En este caso, la responsabilidad médica es de resultados y no de medios.

---

<sup>6</sup> Borda, Guillermo A., *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, undécima edición actualizada, 2003, p. 544.

<sup>7</sup> Pizarro, Ramón D./Vallespinos, Carlos G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 1, 1º edición, 2º reimpresión, 2006, p. 447.

<sup>8</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 541.

En cuanto a las profesiones liberales, en las que incluimos la del médico, el art 1768 del CCyC refiere, entre otras cosas, que 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.

Por otro lado, en referencia al error en medicina, se lo ha definido 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)”.

Bajo tal premisa, la responsabilidad médica surge en los supuestos en que la falta de tratamiento o el error de diagnóstico son consecuencia de no haber tomado las medidas adecuadas, o de una calificación superficial e inexacta practicada por el galeno.

Por ende, “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”<sup>9</sup>.

El error deriva en la negligencia clara del profesional que no obró con la debida diligencia y, en consecuencia, tuvo resultados no deseados en la aplicación de determinado tratamiento médico al paciente. Esa falta de cuidado en ocasiones puede ser menor y se puede resolver rápidamente.

En la medicina, a veces puede ser gravísima e incluso puede llevar a la muerte al paciente. Es el caso, por ejemplo, de alguien que tiene una apendicitis que, al no ser detectada, se transforma en una peritonitis. Si el paciente tiene suerte y llega a atenderse con otro profesional, tal vez llegue a una cirugía de urgencia y salve su vida.

Por tal motivo, sostenemos que la profesión médica requiere de mucho cuidado, dado que las consecuencias por los llamados “errores en la medicina” pueden llegar a ser graves, incluso mortales.

“El nuevo Código Civil y Comercial ha introducido uniformidad legislativa para ambos regímenes, a diferencia del código velezano que aplicaba diferentes indemnizaciones de sus consecuencias según fuera responsabilidad contractual o aquiliana, a más de imponer reparación del daño moral a esta última mientras que para aquélla quedaba al criterio del Juez y, por último, en lo referente al plazo de prescripción que en la contractual era decenal mientras que en la extracontractual, bienal. Ya hemos referido que el Código Civil y Comercial iguala las indemnizaciones de las consecuencias inmediatas y mediatas y de las no patrimoniales y, respecto del plazo de prescripción, el segundo párrafo del artículo 2561 lo unifica en tres años”<sup>10</sup>.

“El nuevo ordenamiento, introduce la ampliación de normas que exoneran la responsabilidad Civil, tales como: a) las causales de justificación (art. 1718); b) la asunción de riesgos (art. 1719), y c) el consentimiento del damnificado (art. 1720). Lo cierto es que, la figura de la dispensa anticipada actualmente codificada debe ser admitida con carácter restrictivo, en función de no ver lesionadas garantías

---

<sup>9</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.124.

<sup>10</sup> Meneghini, Roberto, “Responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial”, *elDial.com*, 02/12/2015. Cita: DC204F.

constitucionales que devienen irrenunciables para cualquier justiciable. Ante la existencia de los Pactos Internacionales donde versan derechos personalísimos, inalienables a la condición humana, éstos no pueden verse vulnerados por cláusulas o disposiciones que afecten el orden público, en sintonía con la voluntad proteccionista del Constituyente; por cuanto deberán declararse inválidas todas aquellas prácticas contractuales que afecten derechos indisponibles'. La excepción al art. 1717 del CC y C lo establece el art 1718 del CCy C donde el ordenamiento jurídico permite dañar en el caso en concreto. Estos estados de justificación son la legítima defensa, donde el sujeto de defiende de la agresión ilícita que le provoca otro, en la medida que el medio de la defensa sea proporcionado. El otro punto es el estado de necesidad surge cuando alguien causa un daño para evitar otro daño mayor. La persona que tiene el estado de necesidad debe ser ajena al hecho, esto lo diferencia de la legítima defensa, y la amenaza es hacia él o hacia un tercero. Pero dicha amenaza de daño puede dañarlo a él. Por ello, es justificable en la medida en que el daño que cause el defendido es menor para evitar otro mayor. Sin perjuicio ello, el juez puede considerar otorgar una indemnización al damnificado a causa de la responsabilidad del acto lícito y finalmente el ejercicio regular de un derecho, por ejemplo cuando un acreedor embarga y remata los bienes de su deudor, esto tiene su límite en el ejercicio abusivo de un derecho”<sup>11</sup>. Por regla general, se entiende que la responsabilidad civil médica pertenece al ámbito contractual: “...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 obligacional. 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”<sup>12</sup>.

Para que tenga lugar el ilícito llamado aquiliano, debe existir una conducta de acción u omisión antijurídica del sujeto, debe haber una culpa o dolo de este, debe existir obviamente el daño producto de esa conducta negligente y debe haber también, sin lugar a duda, una relación causal entre el hecho y el daño. Todo esto en un ámbito extracontractual.

“Salvo que el resultado se pacte o se garantice de manera expresa, no es admisible mantener la distinción entre obligación de medios y de resultados en el ejercicio de la actividad médica. Por consiguiente, para imputar cualquier tipo de responsabilidad civil médica habrá siempre que verificar de manera meticulosa si la actuación del facultativo se ha desarrollado de acuerdo con la *lex artis*”<sup>13</sup>.

De lo citado precedentemente podemos inferir que la doctrina mayoritaria supone que, en general, la responsabilidad es de medios, y, salvo que esté expresamente estipulado, es de resultados. Suponemos que existen situaciones, como las que se producen en el

---

<sup>11</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 370-375.

<sup>12</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.125.

<sup>13</sup> Domínguez Jarque, Belén, “La responsabilidad médica en las operaciones de estética”, *elDial.com*, 24/11/2016. Cita: DC223F.

ámbito de la medicina estética, en las que la responsabilidad médica es claramente de resultados.

El contrato entre el médico y el paciente reviste las siguientes características: “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”<sup>14</sup>.

Nos detenemos un momento en el tema del médico con la característica mencionada: *intuitu personae*. El motivo de explayarnos en esto es que, como dijimos, la relación médico-paciente se basa en una relación de confianza. Comúnmente, el paciente quiere que lo atienda un médico determinado y no otro. Esto puede deberse a la seguridad que le genera verlo o atenderse con él, a la afinidad que siente que tiene con él, a la familiaridad que le representa, o bien a que cree que el médico empatiza con él.

Además, puede valorar la buena comunicación que se da entre ambos, sus conocimientos académicos y profesionales, su trayectoria y su reconocimiento médico, etc. Pueden ser múltiples las razones por las que un paciente elija atenderse con un médico.

Algunas veces, los profesionales ya no trabajan en el centro médico donde se atendía el paciente, y su historia clínica queda en la institución, pero el paciente siente una “desconexión”, dado que el profesional de su agrado ya no se encuentra en ese lugar donde a él le quedaba cómodo atenderse. Esto puede ocurrir por diversas razones: por ser el centro de salud prestador de su obra social o prepaga, por razones económicas, por cercanía a su domicilio, porque le agrada la atención de la institución en general o por otras razones no enumeradas acá.

Lo cierto es que el paciente debe elegir si se atiende con otro médico o si puede ubicar al profesional en otro lugar donde desempeñe su actividad. Esto demuestra la relación de afinidad que existe entre ambos.

Por otro lado, el art. 1725 del CCyC establece lo siguiente en cuanto a la valoración de la conducta: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

El artículo precedente aplica a todas las profesiones o casos en que la persona tiene pleno conocimiento de las cosas y de las consecuencias que puede traer el obrar diligentemente o con el cuidado debido, porque, a mayor conocimiento, mayor exigencia de la conducta debida, tomando en cuenta un comportamiento medio, estándar.

---

<sup>14</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.127.

El artículo 1725 del CCyC señala “un estándar de conducta general, un módulo de comportamiento medio y abstracto fundado en los principios de normalidad, buena fe, razonabilidad, apariencia y confianza. Ello se corresponde con la importancia que el Código asigna en el ejercicio de los derechos y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos negociados o paritarios a la 'buena fe' (art.9°); a la proscripción del ejercicio abusivo de los derechos (arts. 10,11,12,14); a la libertad contractual con los 'límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres' (art.10) y 'la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres’”<sup>15</sup>.

Entonces, podemos decir que lo que se tiene en cuenta es la diligencia media, los cuidados que generalmente se deberían tomar y no la inteligencia o la mayor capacidad intelectual de las personas.

En efecto, la Ley 26.529, en su art. 11 bis, dispone que “ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

Es de suponer que el médico denota un perfil profesional formal, que por los conocimientos que tiene el paciente deposita toda su confianza porque infiere que sabe porque se ha formado, ha estudiado y tiene los conocimientos que la ciencia médica le ha conferido.

Generalmente, la responsabilidad del profesional médico es subjetiva, dado que no promete un resultado. La obligación es de medios y el galeno debe obrar diligentemente conforme a la *lex artis* médica, excepto que haya prometido un resultado concreto. Un ejemplo es el caso del médico que saca una placa (radiografía), cuya responsabilidad es objetiva.

Con respecto al plazo de la prescripción, consideramos relevante señalar que el art. 2554 del CCyC establece que, por regla general, “el transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible”. Esto quiere decir que el plazo comienza a correr en el momento en que judicialmente se puede hacer el reclamo.

Por último, el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil prescribe a los 3 años, conforme el art. 2561 del CCyC. Se trata del plazo genérico que incluye todas las acciones de origen contractual o extracontractual.

Resulta interesante detenernos en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, en el que se denegó la demanda de mala praxis médica, en razón de que el médico obró diligentemente y otorgó la información adecuada.

En esa oportunidad, se consideró que la existencia de un proceso infeccioso vinculado con la intervención quirúrgica practicada en la rodilla izquierda estaba dentro de los riesgos inherentes a toda intervención quirúrgica. Del mismo modo, se sostuvo que no se encontraba acreditada la culpa del médico en cualquiera de sus manifestaciones (negligencia, imprudencia o impericia), y se tuvo en cuenta que la actora no había invocado un daño causal a la práctica quirúrgica.

---

<sup>15</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 414.

En concreto, la cámara consideró que, de hecho, el consentimiento informado tiene su razón de ser en que el paciente libremente manifieste su voluntad o no a someterse a determinada práctica médica. La responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que, de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a aquella. Así, se afirmó que el procedimiento fue el adecuado dentro del marco de la operación para la cual prestó consentimiento.

Respecto de los informes periciales, la cámara expresó: “Si la pericia se ha llevado a cabo sin deficiencias procesales, cuenta con el debido fundamento científico; que contiene conclusiones claras, firmes y lógicas; no existen otras pruebas que le resten eficacia; sus conclusiones son convincentes como consecuencia lógica de sus fundamentos, apreciados según las reglas de la sana crítica no existe motivo para restarle valor probatorio”. Finalmente se destacó que la falta de información no genera *per se* responsabilidad civil sino cuando esa falta priva al paciente de la posibilidad efectiva de optar por otro tratamiento, y existe relación causal adecuada entre ella y el daño sufrido por el paciente. Se concluye rechazando el recurso de apelación entablado por la parte actora y confirma el decisorio recurrido en cuanto rechazó la acción de daños y perjuicios incoada<sup>16</sup>.

### **1.3. Los presupuestos de la responsabilidad civil y la responsabilidad civil médica**

Existen cuatro presupuestos en relación con la responsabilidad civil. Estos son la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad, y el factor de atribución. A continuación, describiremos brevemente cada uno de ellos.

#### *1.3.a. Antijuridicidad*

Conforme lo establece el art. 1717 del CCyC, “cualquier acción u omisión que causa un daño es antijurídica si no está justificada”.

Cuando el art. 1717 nos habla de “cualquier acción”, hace referencia a un hecho positivo; cuando menciona la “omisión”, obviamente, alude a un hecho negativo: dejar de hacer o no hacer algo debido. Existe un deber genérico de no dañar y eso es lo que fundamenta el artículo mencionado.

En la antijuridicidad, nace la obligación de indemnizar, cuando se haya producido un daño por violar una norma jurídica positiva. Debe existir una relación de causalidad y una acción u omisión de un sujeto, que, en consecuencia, produzca un resultado no deseado.

De la misma manera, la antijuridicidad es la contrariedad entre un hecho y el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de la culpa (antijuridicidad objetiva). Debe tenerse en cuenta que un principio cardinal del ordenamiento jurídico es aquel que prohíbe dañar a otro. En consecuencia, es antijurídico todo hecho que daña,

---

<sup>16</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, Sala II, “H., H. E. c. CEMEDA Sanatorio S.A. y otros s/ Medida cautelar - daños y perjuicios”, 03/05/2018, en *La Ley*, Cita: TR LALEY AR/JUR/19470/2018.

salvo que exista una causa de justificación y sin necesidad de que exista una expresa prohibición legal en cada caso (antijuridicidad material)<sup>17</sup>.

En relación con la responsabilidad civil médica, “el profesional de la salud actúa en forma antijurídica cuando transgrede lo pactado, pero también lo hace si infringe lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico, sea que ésta provenga del ámbito legislativo (por. ej., ley 26.529, de 2009; de Derechos del Paciente) o médico (por ej., Normas Técnicas y Administrativas para los Bancos de Sangre y Servicios de Transfusiones), una disposición de alcance general, o ante la violación del deber genérico de no dañar, que se evidencia con la producción de un daño injusto a un paciente”<sup>18</sup>.

Por ello, el profesional de la salud no solamente debe cumplir con la normativa vigente en relación con su profesión, sino que también debe obrar conforme a lo pactado de buena fe.

El título V, capítulo 1º del CCyC menciona la responsabilidad civil e inmediatamente después continúa con la función preventiva. Así lo enuncia el art.1710 del CC y C: “Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”.

El precitado artículo, en el inciso a), se refiere a omitir causar un daño no justificado –el daño injusto–. El inciso b) trata el accionar con buena fe y la razonabilidad para evitar un daño o para disminuirlo. Por último, el punto c) es claro en cuanto a no agravar el daño producido. La función preventiva claramente es en beneficio del paciente. El art. 1717 y el art. 1710 convergen en la antijuridicidad del daño.

### 1.3.b. *Daño*

Tal como lo establece el art. 1737 del CCyC, hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto a la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva.

Para determinar la medida de la reparación de las consecuencias, habrá que basarse en 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 mensura 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. 827 y 850 del Código Civil y Comercial de la Nación). Se torna imposible soslayar el rol destacado que cumple el dictamen pericial. Esta pieza procesal ilustra al

---

<sup>17</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 364.

<sup>18</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 6.

magistrado en cuestiones ajenas a su conocimiento y propende al dictado de una sentencia justa”<sup>19</sup>.

Como dijimos anteriormente, cada uno responde en la medida del daño causado. Si hay más de una persona interviniente, se deberá probar el grado de participación y la responsabilidad de cada una.

En este sentido, “nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial. Si se causa un daño no justificado a un tercero menoscabando su patrimonio, es conforme al señalado principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior. Este deber de resarcir es lo que actualmente se llama responsabilidad civil”<sup>20</sup>.

Si no hay daño causado, no hay nada que reparar y por ende no hay responsabilidad civil. El resarcimiento surge siempre que haya un daño que reparar.

Este presupuesto central de la responsabilidad civil se define en el art. 1737 del CCyC en los siguientes términos: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva” (art. 1737). “Se consagra a su vez la reparación integral del daño como principio general (art. 1740), que incluye no sólo el capital resarcitorio, sino también otros conceptos como el lucro cesante, los gastos (médicos, farmacéuticos, etc.), los intereses correspondientes —calculados desde que se produce cada perjuicio (art. 1748)— y las costas del proceso que el acreedor se haya visto obligado a iniciar para el reconocimiento de la indemnización debida. Por excepción, se admite la atenuación del resarcimiento por razones de equidad (art. 1742)”<sup>21</sup>.

Debe haber reparación cuando hay daño. Esta debe ser plena, es decir, debe abarcar la totalidad, y debe restituirse la situación del damnificado a su estado anterior.

Al respecto, se ha dicho: “El nuevo Código señala taxativamente cuales resultan ser las causales que exoneran la responsabilidad del agente, interrumpiendo uno de los presupuestos esenciales para su configuración, como lo es la realización de un comportamiento que represente la antijuridicidad (art. 1717 del CCCN). De ello se infiere que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse un supuesto de obligación resarcitoria. En sentido formal, antijuridicidad significa la relación de contradicción de un hecho con el Derecho. A mayor abundamiento, para que un daño sea resarcible es esencial e inexcusable que éste haya sido causado por un hecho ilegítimo, antijurídico o no justificado. Y ello es así, porque en consonancia con lo reseñado en el art. 1717, ‘...si el daño fuera legítimo, o estuviera justificado, la víctima tendría el deber de soportarlo y el dañador no podría ser

---

<sup>19</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la revolución industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.130.

<sup>20</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 159.

<sup>21</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 6.

responsabilizado', pues 'la antijuridicidad del daño desaparece cuando concurre una causa justificativa que lo legitima, o bien cuando existe una causa que la excluye...'<sup>22</sup>.

Para resumir, toda acción u omisión que causa daño es antijurídica, salvo que esté justificada. Por consiguiente, el daño injustificado deberá ser resarcido.

### 1.3.c. *Relación de causalidad*

La relación de causalidad es la relación que existe entre el hecho y el daño provocado.

El art. 1726 del CCyC establece, en referencia a la relación causal, que son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles. Entonces, para que exista reparación, debe haber una relación de causalidad adecuada con el hecho y el daño. Además, salvo disposición legal en contrario, deben repararse las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.

“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”<sup>23</sup>.

Por eso, por regla general se entiende que el galeno tiene mejores condiciones para ofrecer la prueba y es quien debe ofrecerla, sin perjuicio de lo establecido en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

El Código Civil y Comercial, en su art 1727, menciona los tipos de consecuencias. Las consecuencias de un hecho que acostumbran a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas se llaman en este código “consecuencias inmediatas”. A su vez, las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un

---

<sup>22</sup> González Freire, Juan F., “La dispensa anticipada de la responsabilidad civil en el nuevo Código unificado. El consentimiento hacia las cláusulas abusivas y su posterior revisión judicial”, *elDial.com*, 25/04/2017. Cita: DC22E7.

<sup>23</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.129.

acontecimiento distinto se llaman consecuencias “mediatas”. Por último, las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman “consecuencias casuales”.

“El art. 1727 C. C. y C. al definir las consecuencias de los hechos lo hace mediante una reproducción literal del antiguo art. 901 C. C., continuando con la clasificación de las consecuencias en inmediatas, mediatas y casuales: las inmediatas siguen siendo las que suceden según el curso natural y ordinario de las cosas; las mediatas las que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto; y las últimas son aquellas consecuencias mediatas que no pueden preverse. Al referirse a ellas el C. C. y C. en su art. 1726 establece que: 'Son reparables las consecuencias dañosas que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño. Excepto disposición legal en contrario, se indemnizan las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles’”<sup>24</sup>.

Tanto si el fundamento de la responsabilidad es subjetivo como si es objetivo, “para que se pueda adjudicar a una persona un determinado resultado y deba entonces ella reparar el daño causado, es imprescindible la existencia de un nexo causal entre su accionar y la consecuencia; o bien entre la acción riesgosa propia, la acción del otro, o de la cosa de la cual es dueño o guardián y dicha consecuencia. Y, como veremos, tal relación debe ser 'adecuada'. Se observa también que en el ámbito del derecho privado, la relación de causalidad se asocia a dos funciones: de un lado y respondiendo al concepto mismo de causalidad jurídica, a establecer si la acción del sujeto demandado, de las personas por quien él debe responder o de las cosas de las que se sirve, han motivado el resultado dañoso. De otro, la relación causal delimita la extensión de la reparación, de conformidad con las consecuencias que le son atribuibles”<sup>25</sup>.

Si falta alguno de los presupuestos de la responsabilidad civil, no hay obligación de reparar el daño. Es decir, siempre tienen que estar presentes los cuatro elementos siguientes: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución que desarrollaremos en el ítem siguiente.

“En el nuevo Código se consideran reparables las consecuencias dañosas inmediatas y mediatas previsibles, que tienen nexo adecuado de causalidad con el hecho productor del daño (conf. art. 1726); es decir, aquéllas que acostumbra a suceder según el curso natural y ordinario de las cosas y aquéllas que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, respectivamente (conf. art. 1727). Ello es así, salvo disposición legal en contrario, que podría establecer que para casos específicos algunas de esas consecuencias no sean reparadas, o bien que se indemnicen también las consecuencias casuales, definidas como aquellas que son mediatas e imprevisibles y cuya reparación en general no se prevé”<sup>26</sup>.

Como se dijo anteriormente, inferimos que, en nuestro ordenamiento jurídico, salvo disposición legal en contrario, se considera que son consecuencias reparables las consecuencias inmediatas y mediatas previsibles. Es decir, las que tengan un adecuado nexo causal con el hecho y el daño generador.

---

<sup>24</sup> Viale, Renato, “Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *LLLitoral*. 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - *DFyP* 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita: TR LALEY AR/DOC/2914/2015, p. 6.

<sup>25</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 7.

<sup>26</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 7.

No obstante, nos preguntamos lo siguiente: ¿Es el consentimiento informado la causa adecuada del daño? Si el paciente tomó la decisión sobre la base de la información previa recibida por parte del médico y se produjo un daño que no fue previsto por el médico ni informado al paciente, y si el paciente, sabiendo las posibles consecuencias de aquella práctica médica, no hubiese tomado la decisión de someterse a ella, entonces sí: el consentimiento informado es la causa adecuada del daño. En cambio, si luego de que el paciente prestara su consentimiento hubiese sabido las consecuencias dañosas que luego podrían producirse e igualmente hubiese decidido tomar el tratamiento a su riesgo, y si luego esas consecuencias se produjeran, la respuesta a la pregunta es “no”.

Aquí vale trazar una diferencia entre la responsabilidad del obrar médico y la del otorgamiento del consentimiento por parte del paciente. La primera se refiere al accionar diligente del profesional de la salud. En cuanto a la segunda, si bien informar al paciente y obtener su consentimiento forman parte del obrar diligente del médico, nos referimos al acto en sí mismo como causante del daño porque, a consecuencia de él, el paciente tomó directamente la decisión de avanzar en el tratamiento propuesto. Por ello, como mencionamos antes, si bien la responsabilidad del profesional es mayormente de medios, el tema del consentimiento informado es, a nuestro entender, una responsabilidad de resultados porque tiene como consecuencia concreta obtener el consentimiento del paciente.

#### 1.3.d. *Factor de atribución*

El art. 1724 del CCyC, en cuanto a los factores subjetivos, establece: “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”.

Debe acreditarse la relación causal entre el actuar culposo del galeno con el daño.

“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, negligencia e impericia”<sup>27</sup>.

Se entiende por “conducta debida” la que cualquier otro profesional médico hubiera hecho en las mismas circunstancias, conforme a las herramientas que el conocimiento médico le confiere.

“A su vez, para el caso particular de los contratos —que no sean de consumo—, se prevé la indemnización de las consecuencias previstas o previsibles por las partes al momento de la celebración del acuerdo, agravándose la reparación ante el dolo del deudor, supuesto en el cual también quedan comprendidas las consecuencias

---

<sup>27</sup> Fossaceca, Carlos A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020, p.132.

consideradas al momento del incumplimiento (art. 1728 del CCyCN)”<sup>28</sup>.

La previsibilidad contractual supone que las partes previeron o pudieron haber previsto las consecuencias en el momento de contratar.

“Debe quedar claro, asimismo, que el cumplimiento del deber de información no exonerará al profesional de toda aquella responsabilidad en la que pueda llegar a incurrir por culpa, aun cuando la práctica fue autorizada por el paciente, ya que la obtención del consentimiento informado no legitima bajo ningún punto de vista los actos negligentes en que pueda incurrir el facultativo”<sup>29</sup>.

Deducimos de lo precedente que el paciente autoriza de buena fe exteriorizando su voluntad, a través del consentimiento informado, para que el profesional médico lo realice una práctica médica determinada. En ningún caso se puede exonerar de responsabilidad al profesional si obra con culpa.

Con respecto a la culpa, “hay voluntad porque el sujeto no quiere el daño, pero quiere el acto –o la omisión– que lo causó. El resultado del acto es previsible y no lo prevé, lo que viola el genérico deber de diligencia. Al promediar voluntad del medio aunque no del fin (resultado), para el derecho es suficiente a los efectos de imputar responsabilidad”<sup>30</sup>.

A partir del concepto de culpa enunciado, está claro que el agente no tiene ninguna intención de dañar, pero quiere realizar el acto que causó el daño.

Cuando opera la imprudencia, carece de previsión o previsibilidad, actúa de forma irreflexiva, precipitada.

Decimos que hay impericia porque, por acción u omisión, no se hace o se deja de hacer lo debido. Esto es, el agente no actúa conforme a las reglas de su arte, profesión u oficio.

Finalmente, la negligencia se refiere a que no se hace algo que prudentemente debió hacerse; se trata de la falta de cuidado.

Por otro lado, el concepto de dolo es totalmente distinto. Aquí, el agente tiene la intención absoluta de causar el daño. Tiene el propósito de hacerlo.

Existen tres tipos de dolo: el dolo directo, el dolo indirecto y el dolo eventual.

El dolo directo se caracteriza por que el agente quiere tener una conducta y los resultados son los queridos. Inmediatamente se ve el fin querido.

En el dolo indirecto, no se tiene la voluntad directa, concreta, de dañar, pero no se descarta la posibilidad de que pueda producirse. El agente igualmente actúa, con indiferencia, y asume un resultado diferente al supuestamente esperado.

---

<sup>28</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 7.

<sup>29</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 6.

<sup>30</sup> Ubiría, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ra. ed., 1ra. reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 167.

Por último, en el dolo eventual, el agente, aun sabiendo las consecuencias que puede tener su accionar, igual actúa, sin importarle las consecuencias. El agente se representa lo que podría suceder con su accionar. Es eventual porque podría o no suceder, o sea, podría o no producirse el daño.

## **CAPÍTULO 2. El consentimiento informado en el derecho argentino**

En este capítulo abordaremos el consentimiento informado en el derecho argentino. En especial, nos detendremos en el concepto, las nociones generales, las leyes, los sujetos obligados, el deber legal de informar, la forma y la obligatoriedad de aquel.

Tendremos especialmente en cuenta la relación asimétrica médico-paciente, dado que el paciente es lego en la materia y el médico, un experto universitario. Es por ello que trataremos la forma en que se le da al paciente la información debida.

Asimismo, describiremos en qué casos opera la omisión de consentimiento informado, los casos en los que, por razones de convicción íntima, las personas toman la decisión de dejar directivas anticipadas para que, en caso de no poder darse a entender, los médicos sepan atravesar las situaciones críticas, según su saber y entender. También analizaremos la revocabilidad del consentimiento y sus consecuencias. Por último, trataremos el tema de la nulidad del consentimiento informado.

### **2.1. El consentimiento informado: concepto, nociones generales**

Conforme lo establece el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, el consentimiento informado es el “consentimiento libre, voluntario y consciente prestado por un paciente en el pleno uso de sus facultades o, en su defecto, por sus representantes, familiares o allegados, requerido para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud después de recibir la información adecuada y valorar las opciones del caso...”<sup>31</sup>.

“Cabe definir al consentimiento informado como la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica, pronóstica o experimental que incluye competencia (capacidad para comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información...”<sup>32</sup>.

“Conviene sí recordar que la denominada doctrina del consentimiento informado se presenta como regla derivada del principio bioético de autonomía y del principio jurídico-constitucional de autodeterminación, en el caso relacionado directamente con el derecho de los pacientes”<sup>33</sup>.

La decisión de consentir o no debe ser tomada con discernimiento, intención y libertad. “El discernimiento está íntimamente ligado a la capacidad de hecho, es la facultad para poder distinguir lo verdadero de lo falso y requiere del desarrollo intelectual que normalmente se adquiere con la edad...”<sup>34</sup>.

De más está decir que a mayor edad se supone que el sujeto tendrá más discernimiento.

---

<sup>31</sup> Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario panhispánico jurídico del español jurídico*, Madrid, Santillana, 2017, volumen I, p. 575.

<sup>32</sup> Hoof, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis SA, 2005, p. 224.

<sup>33</sup> Hoof, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis SA, 2005, p. 223.

<sup>34</sup> Anunziato, Luis, *El conflicto en la relación médico-paciente*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 2001, pp. 97 y 98.

“La intención es la aptitud de conocer en una determinada circunstancia, es, luego de la reflexión, resolver sobre el tema que se trata. Cuando el paciente preste consentimiento se presumirá que es un acto intencional y racional”<sup>35</sup>.

Decimos, entonces, que habrá intención cuando la persona haya elaborado, analizado y tomado una decisión, o cuando tenga la pretensión de ello.

Searle expresa: “Como formulación preliminar nosotros podemos decir: la intencionalidad es aquella propiedad de algunos estados mentales y eventos por los cuales ellos son dirigidos hacia o sobre diversos asuntos de la realidad. Si, por ejemplo, tengo una creencia, debe ser la creencia de que tal y tal es el caso; si tengo un miedo, que debe ser un miedo de algo o que algo va a ocurrir, si tengo un deseo, debe ser un deseo de hacer algo que algo tendría que suceder, y tengo la intención, debe ser la intención de hacer algo. Y así sucesivamente a través de un largo número de otros casos. Yo sigo una larga tradición filosófica en llamar a esta característica de discrecionalidad o de ser sobre algo ‘intencionalidad’ pero en muchos aspectos el término induce a engaño y una especie de desorden, la tradición por lo que desde el principio quiero dejar en claro cómo voy a utilizar el término y, al hacerlo, me disocio de las características de la tradición. En primer lugar, para mí cuentan sólo algunos, no todos, los estados y sucesos mentales tienen intencionalidad. Las creencias, miedos, esperanzas, y deseos son intencionales, pero hay formas de nerviosismo, euforia, y ansiedad no dirigida, que no son intencionales. Una clave para esta distinción es proporcionada por las restricciones sobre cómo éstos estados se reportan. Si te digo que tengo una creencia o un deseo, eso siempre tiene sentido para usted al preguntar. ‘¿Qué es exactamente lo que usted cree?’ o ‘¿Qué es lo que usted desea?’, y la pregunta no está planteada para que yo responda. ‘Oh! acabo de tener una creencia y un deseo sin creer nada ni desear nada’. Mis creencias y deseos siempre deben ser sobre algo. Pero no es mi nerviosismo y la ansiedad no dirigida no necesita de esa manera referirse a algo. Tales estados se caracterizan por estar acompañados de creencias y deseos, pero los estados no dirigidos no son idénticos a las creencias y deseos”<sup>36</sup>.

“La libertad es la posibilidad de elegir entre dos o más opciones. La falta de la libertad está relacionada con la violencia, coacción, intimidación y no con el intento de convencer al paciente para que se someta a tratamiento”<sup>37</sup>.

Otra forma de entender la libertad es “...que significa poder decidir sobre los actos, a realizar por uno sin interferencia de coacción (física, psíquica o de cualquier otra naturaleza, como la persuasión o la manipulación) que nos impida obrar en el sentido que queremos. En síntesis, es la capacidad que posee el ser humano de poder obrar según sus propios deseos, facultad que excluye totalmente cualquier contaminación que la desvíe de su objetivo”<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> Anunziato, Luis, *El conflicto en la relación médico-paciente*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 2001, p. 103.

<sup>36</sup> Searle, John R., “Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind”, Cambridge University Press (UK), 1999, p. 1. Extraído de Falcón Enrique M., *Práctica de contratos*, 1ra. Ed. - Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, tomo II, 2012, p. 8 y 9.

<sup>37</sup> Anunziato, Luis, *El conflicto en la relación médico-paciente*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 2001, p. 103.

<sup>38</sup> Falcón, Enrique M., *Práctica de contratos*, 1ra. Ed.- Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, tomo II, 2012, p. 9.

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

A su vez, el art. 6° de la Ley 26.529 señala que, “...en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21 de Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

Esto se presenta a menudo, “...cuando el cirujano descubre, en el curso de una operación, una lesión más grave que la que había diagnosticado, o distinta. Si la intervención no es de urgencia debe suspender el acto operatorio para obtener previamente el consentimiento; de otro modo debe proceder de acuerdo al dictado de su conciencia profesional”<sup>39</sup>.

Al referirse al desconocimiento por parte del paciente y a los riesgos de los tratamientos, Llamas Pombo señala lo siguiente: “... así como de los riesgos que éstos entrañan, da lugar a un consentimiento viciado, cuando menos, de error que además sería esencial por afectar a puntos o requisitos esenciales del negocio jurídico, por ejemplo, al objeto del contrato, que es el bien jurídico protegible –salud o curación del enfermo–...”<sup>40</sup>.

“Desde un punto de vista filosófico, hemos observado la importancia que tiene el cuerpo para la persona, y que cada persona en definitiva 'es' su cuerpo. Su cuerpo lo identifica y lo diferencia de los demás. Es para sí y para la sociedad, a partir de su cuerpo”<sup>41</sup>.

Cada persona tiene derecho a darle a su cuerpo el tratamiento que crea que es más adecuado, más sano, o que le va a hacer mejor conforme a cómo lleva su vida.

En cuanto al consentimiento informado en el contexto de la autonomía, “sus orígenes se pueden rastrear en el siglo pasado en EE. UU., en 1903 cuando un juez consideró como ‘...violación de la integridad corporal...’ una operación realizada sin consentimiento

---

<sup>39</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 523.

<sup>40</sup> Llamas Pombo, Eugenio, *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, Madrid, La Ley, 2010, p. 227.

<sup>41</sup> Pérez del Viso, Adela, “El derecho del paciente a todo informe relativo a su cuerpo y a la legibilidad de los documentos médicos”, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, febrero 2018, p. 67.

porque el '...principal y máximo derecho de los ciudadanos es el derecho a ser uno mismo...'”<sup>42</sup>.

Sin perjuicio de lo citado anteriormente, en la sociedad norteamericana, el interés por la información referida a la salud comenzó en los años cincuenta.

A continuación, se enumeran los requisitos que debe contener un modelo de consentimiento informado:

“- Capacidad jurídica del sujeto.

- Cuestión sobre la que versará el consentimiento.
- Información acerca del acto con precisión y las posibles opciones.
- Voluntariedad en la realización del acto.
- Comprensión como capacidad de entendimiento de la información relevante”<sup>43</sup>.

Por otro lado, es importante destacar que una cosa es lo que el médico le dice al paciente y otra muy distinta es lo que el paciente llega a comprender de lo que le dijo el médico. Si el paciente no pregunta, el médico por lo general no va a ahondar en detalles, ni va a revelarle todo con minuciosidad. El médico debe asegurarse de que el paciente haya comprendido sus dichos.

También el médico deberá informarle al paciente si los estudios que le indica para hacerse son de carácter diagnóstico o terapéutico, dado que, por lo general, los enfermos piensan que lo que les indica el médico es para curarse. Cabe señalar que un estudio diagnóstico indica el estado de la enfermedad, arroja o cierta información para que luego pueda abordarse el tratamiento terapéutico, mientras que el estudio terapéutico tiende a paliar la enfermedad.

Asimismo, en el caso de los estudios experimentales –en los cuales los laboratorios hacen pruebas de medicamentos nuevos en humanos–, el paciente deberá estar informado de tal circunstancia y, con base en eso, podrá decidir con total libertad si está dispuesto a correr los riesgos que trae aparejada la prueba.

Por supuesto que el médico deberá informar al paciente en todo momento si el tratamiento propuesto es invasivo, si lleva anestesia o no.

Todo lo que el médico le diga, le informe o le comunique al paciente debe ser cierto, sin omitir información relevante, ya que, si miente –en el sentido de no decirle las cosas como realmente son con el fin de obtener su consentimiento–, el asentimiento sería nulo, pues estaría viciado.

Con el correr de los años, la relación médico-paciente se fue deteriorando de a poco. Al principio, esa relación estaba basada en la confianza, el respeto y la comunicación. Con el tiempo, los sistemas de atención médica se modificaron, y de una medicina personalizada se pasó a una medicina superespecializada, fría y despersonalizada.

El escaso tiempo que el médico puede brindarle a cada paciente, junto con la consiguiente falta de contención sufrida por el enfermo, fueron debilitando la relación

---

<sup>42</sup> Zanier, Justo, *Consentimiento informado en la relación paciente-equipo de salud*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 1998, p. 51.

<sup>43</sup> Falcón, Enrique M., *Práctica de contratos*, 1ra. Ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, tomo II, 2012, p. 19.

médico-paciente, hasta llegar al estado actual, en el que muchas veces el médico ve en el paciente a un potencial enemigo. En consecuencia, trata de protegerse practicando una medicina “defensista”, prolongando los tiempos y encareciendo los costos de atención.

El común denominador de todos estos problemas es la falta de comunicación. Así, una manera de restablecer esa comunicación y de acercar a las dos partes es a través del consentimiento informado. Este último “es exigible según la legislación vigente, pero no constituye un escudo frente a demandas judiciales imputables a impericia, imprudencia o negligencia médica ni tampoco aquellas generadas por la inobservancia de deberes y obligaciones. Su ausencia puede actuar judicialmente en contra del médico y su existencia aleja sospechas en cuanto a que el paciente fue sometido a una intervención sin autorización y sin explicación de la misma, de sus alcances y de sus posibles complicaciones o efectos adversos”<sup>44</sup>.

La información que le da el médico al paciente es su deber como profesional de la salud. Al mismo tiempo, es un derecho del paciente recibirla.

“La doctrina argentina admite mayoritariamente que entre el médico y su paciente se celebra un contrato y que el consentimiento es el elemento estructural de este último. La estricta lógica jurídica llevaría a la conclusión de que si no hay acuerdo entre el paciente y el médico, éste último no puede desarrollar la prestación a su cargo. El enfermo podría negarse a recibir tratamientos aun cuando esto lo lleve a la muerte. Nadie ha utilizado la 'lógica contractual' para encarnar estos problemas. Para algunos el interés público protege la vida y ello permite avanzar, incluso contra la opinión del paciente; para otros el consentimiento del paciente es un derecho personalísimo que siempre debe respetarse. Estos abordajes son por sí mismos sintomáticos. La lógica contractual es estrecha para aprehender los valores en conflicto: lo público y lo privado, la vida y la libertad”<sup>45</sup>.

“En las acepciones que son relevantes para este trabajo, la Real Academia toma la etimología (*consentire*, sentir con) y se entiende que consentir es 'permitir algo o condescender en que se haga', 'otorgar, obligarse' (en sentido jurídico) y 'acatar una resolución judicial o administrativa sin interponer recursos disponibles' (en el derecho argentino). Para la palabra consentimiento se enuncian las siguientes acepciones: 'acción y efecto de consentir', 'en los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes' y 'manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente'. Separadamente se aborda la definición de consentimiento informado (...) A nuestro modo de ver, solo Leiva Fernández –y en su caso, Aparicio– pueden tener razón. Aparte de las ambivalencias de los demás abordajes, con-sentir no es contratar. Consentir implica aquiescencia, acordar, admitir: es una manifestación de una intención o voluntad de acordar. Por eso, el consentimiento no es el contrato, sino el paso inmediato previo: es la manifestación que consiente la oferta, y así el contrato. Lo dice la Real Academia: es 'permitir o condescender en que se haga'. O el importante diccionario de sinónimos de Corripio: 'beneplácito, asenso, anuencia, conformidad, venia, adhesión, acuerdo concesión, aquiescencia' (para consentimiento). El contrato es el acto bilateral, el sinalagma. El consentimiento es su antecedente inmediato y necesario. Entender el consentimiento de esta manera, aporta una riqueza extraordinaria

---

<sup>44</sup> García, Felipe P. R., *Tratado de medicina legal con complementación jurídica y aspectos ético-biomédicos*, Proa Editores, 2009, tomo VI, Libro XI, p. 165.

<sup>45</sup> Lorenzetti, Ricardo L., *Responsabilidad civil de los médicos*, tomo II, segunda edición, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 94.

de matices al análisis del proceso de formación del contrato, pues permite individualizar mejor la complejidad de cada instancia”<sup>46</sup>.

“Este deber de información, frente al respeto por la libertad y la autonomía de la persona, ha adquirido tal importancia en los últimos tiempos que ha dado lugar a debates doctrinarios que distan todavía de encontrar puntos de contacto entre ellos. A modo de ejemplo, es de destacar que calificados autores, como Cifuentes, sostienen que aun en situaciones de enfermedades incurables no hay que ocultar información al enfermo. Según su parecer, la impresión de la verdad, que en algunos casos puede ser patética, no tiene por qué dar piedra libre a la mentira y al ocultamiento; los enfermos sin remedio deben saberlo para decidir no sólo si se someten a un último esfuerzo operatorio, doloroso y que se pronostica inútil, sino para preparar sus últimas voluntades de cualquier clase que ellas sean. Nadie más que el paciente puede tomar ciertas disposiciones cuando tiene aptitud, y el engaño es un modo de entorpecerlas, siendo responsable el médico que oculta, enmascara la verdad o modifica los pronósticos. Sin embargo, existen opiniones en contrario, como la de Llamas Pombo, quien hace referencia a la inconveniencia de comunicar al enfermo un pronóstico grave, ya que puede resultar un tanto cruel para el paciente, en determinados casos, tomar conocimiento de su estado de gravedad; agrega, además, que el revelar dicha información puede entrañar el riesgo de traumatizar al enfermo con el peligro de agravar el mal presente e, inclusive, de inquietarle inútilmente con el peligro de que rechace una intervención indispensable para su sanación: en este caso, pues, el deber de información encuentra su límite”<sup>47</sup>.

El médico también debe informar si el tratamiento propuesto es diagnóstico o terapéutico. Es decir, los estudios diagnósticos le sirven al médico para obtener información sobre la salud del paciente y, en consecuencia, proponerle un tratamiento terapéutico. A diferencia del tratamiento o los estudios diagnósticos, el tratamiento terapéutico es el que el médico le indica al paciente en pos de su curación o mejora de su estado de salud.

El *leading case* que dio origen a la doctrina del consentimiento informado fue el de Schloendorff v. Society of New York Hospital. Se trató de un caso de la Corte de Nueva York, que tuvo lugar en abril de 1914.

La actora debía realizarse un examen invasivo que consintió, pero le dijo al médico que no quería someterse a una intervención quirúrgica. Luego le manifestó lo mismo a la enfermera. Dicho examen era para establecer un diagnóstico, no era curativo. Cuando fue a realizarse el estudio, la operaron, le sacaron un tumor, sin más, sin hacerle ninguna pregunta ni informarle siquiera las intenciones que tenían los médicos de someterla a dicha intervención. Esto le trajo graves consecuencias, dado que desarrolló una gangrena en el brazo izquierdo. Posteriormente le tuvieron que amputar varios dedos, lo que conllevó padecimientos graves y fuertes dolores.

A partir de lo vivido demandó al hospital, por considerar que era responsable de su desdicha. El tribunal de la Corte manifestó que no se trataba de una negligencia, sino

---

<sup>46</sup> Basset, Úrsula C., “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución”, *LA LEY*, 01/07/2021, Cita: TR LALEY AR/DOC/1892/2021, pp. 1 y 3.

<sup>47</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 3.

que existía una fuerza o violencia directa hacia la paciente, impartida por los médicos, que configuró la comisión de una agresión. También expresó que todo ser humano adulto y sano mentalmente tiene derecho a decidir qué se hará con su propio cuerpo, a excepción de los casos de urgencia, en los que hay que operar si el paciente está inconsciente. Posteriormente, en Estados Unidos comenzaron los juicios, por ser el consentimiento informado una condición previa a una intervención médica.

A medida que el tiempo fue avanzando, ya no solo era requisito solicitarle al paciente su aprobación y su consentimiento respecto del procedimiento médico que se llevaría a cabo en su cuerpo, sino que el médico debía informar al paciente sobre los riesgos que el tratamiento generaba.

Antiguamente, en los orígenes de esta corriente, al “informar al paciente”, los médicos minimizaban las consecuencias no deseadas de los tratamientos. Esto luego se tomó como un engaño, puesto que se faltaba a la verdad o no se la decía completamente. Claramente, debe haber una relación causal entre el incumplimiento y el daño. Vale decir que, a causa de que el médico no reveló la circunstancia negativa, muy probable de que sucediera, esta aconteció. El daño sufrido debe ser causa de la falta de información. Por ello, podemos afirmar que lo descripto en este caso está íntimamente ligado al principio de la autonomía de la voluntad<sup>48</sup>.

A nivel nacional, la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Godoy Aguirre Marta c/ Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro s/ ordinario”, se expidió de la siguiente manera: “Corresponde dejar sin efecto la sentencia que admitió parcialmente la demanda y condenó en forma solidaria a ambas codemandadas a satisfacer los daños y perjuicios originados por la realización de una angiografía digital computada de cerebro por cateterismo en tanto exigió la duplicación del consentimiento informado -que estimó no prestado- y prescindió de toda ponderación acerca de la incidencia de factores subjetivos y objetivos en el grado de responsabilidad que atribuyó a la recurrente al considerar que no lo había obtenido (disidencia de los Dres. Elena I. Highton de Nolasco y Enrique Santiago Petracchi)”<sup>49</sup>.

## **2.2. El consentimiento informado en la Ley 17.132: reglas para el ejercicio de la medicina, la odontología y sus actividades de colaboración**

La Ley 17.132, en el art. 19 inciso 3º, menciona las obligaciones de los médicos en relación con la voluntad negativa del paciente a tratarse. En concreto, dice que se deberá “...respetar la voluntad negativa del paciente, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos (...) En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”. Todo esto, sin perjuicio de las demás disposiciones legales vigentes.

El siguiente caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil refleja la aplicación práctica de la ley 17.132 en el art. 19 inc. 3: “...Normalmente, la responsabilidad de un médico por los daños sufridos a un paciente se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos. En cambio, bajo la doctrina del

<sup>48</sup> Highton, Elena I./Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991, pp. 23-29.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Godoy Aguirre Marta c/ Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro s/Ordinario”, 12/08/2008, Fallos 331:1804.

consentimiento informado, se puede llegar a cuestionar al médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, pero actuando sin su consentimiento, más allá del dado o sin haberlo informado acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste pudiera decidir si quería, o no, someterse al mismo. 3- La ley 17.132 da una pauta específica respecto del deber de informar que pesa sobre el médico, en cuanto dispone su art. 19, inc. 3° que los profesionales de la salud (médicos, odontólogos y demás colaboradores) deben 'respetar la voluntad del paciente', es decir, que debe requerirse el consentimiento de los pacientes o sus representantes, como paso previo a la realización de un procedimiento, debiendo prestarse por escrito cuando se trata de una operación mutilante”<sup>50</sup>.

### **2.3. El consentimiento informado en la Ley 26.529 y su Decreto Reglamentario 1089/2012**

En la Argentina rige la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, cuyo artículo 5° define el consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada, con respecto a lo siguiente: su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos, los beneficios esperados del procedimiento, los riesgos, las molestias y los efectos adversos previsibles, la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, los beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los procedimientos alternativos especificados.

El inciso g) del artículo citado dice: “El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable”.

En ese sentido, el art. 59 del CCyC regula, en su inciso g) –al igual que lo hace el art. 5° de la ley 26.529–, “el derecho de la persona que se encuentre ante una enfermedad irreversible, incurable o en estado terminal, o que lo haya colocado en similar estado un elemento externo (lesiones), de rechazar las medidas que la misma norma enuncia (hidratación, cirugías, reanimación artificial, etc.) que sean 'extraordinarias o desproporcionadas' en relación con las reales perspectivas de mejoría, que solo logren posponer en tiempo la muerte, o que causen sufrimientos desmesurados, consagrando lo que en doctrina se ha dado en llamar 'derecho a la muerte digna', vale decir, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad del paciente para aceptar o repudiar el

---

<sup>50</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, “Mimica, Adriana Nilda c/ Fernández, Elsa Susana s/ Daños y perjuicios”, RESP. PROF. DICOS Y AUX. 98/02/1905.

ensañamiento terapéutico, aun hecho con la mejor intención de resguardar la vida que se ve en sus últimos tramos”<sup>51</sup>.

En este caso, se exime al médico del juramento hipocrático en cuanto a prolongar la vida del paciente.

El paciente pudo haber dado directivas anticipadas para que, en caso de no poder darse a entender en algún momento de su vida, estando con una enfermedad terminal, incurable, irreversible, se suspendan los tratamientos desmesurados tendientes a prolongar la vida. De esta manera, el paciente tiene derecho a una muerte digna o a que no se prolongue su sufrimiento.

La ley establece la obligatoriedad de que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general, y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el consentimiento informado previo del paciente.

Cabe destacar que también el paciente tiene derecho a recibir información clara, precisa y adecuada respecto a diversos casos, como padecer una enfermedad irreversible, incurable, o encontrarse en estado terminal, o haber sufrido lesiones o rechazos de tratamientos quirúrgicos, de hidratación, etc. También el paciente tiene derecho a rechazar tratamientos cuyo efecto sea la prolongación en el tiempo del estado terminal, irreversible e incurable.

En cuanto a la instrumentación del consentimiento informado, la misma ley establece que será verbal, excepto en los casos que se enumeran a continuación, en los que aquel debe realizarse por escrito y debe ser debidamente suscrito: la internación, la intervención quirúrgica, los procedimientos diagnósticos y los procedimientos terapéuticos invasivos, los procedimientos que implican riesgos, según lo determine la reglamentación de la ley, la revocación.

La ley también establece que se requiere el consentimiento del paciente o, en su defecto, el de sus representantes legales, y el del profesional de la salud interviniente, ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.

Existen excepciones al consentimiento informado. En efecto, el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: cuando medie grave peligro para la salud pública, cuando medie una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o la vida del paciente, y no pueda dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas de conformidad con lo que establezca la reglamentación deberán ser interpretadas con carácter restrictivo (cfr. art.9 de la Ley 26.529).

En los casos de emergencias, resulta obvio que prima la vida o la integridad física de la persona y ahí se juega un factor fundamental, que es el tiempo. El paciente ya no tiene elección. No puede tomarse el tiempo para elegir porque está en riesgo.

Aquí tenemos una delgada línea en la que el paciente no puede, por su condición, asentir determinada práctica médica o tratamiento, incluso si su vida estuviera en riesgo de muerte.

---

<sup>51</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 310.

El tema de la revocabilidad y las directivas anticipadas lo trataremos más adelante.

Como señalamos anteriormente, al art. 11 bis establece que ningún profesional que haya obrado conforme a lo que dispone la presente ley tiene responsabilidad civil, penal ni administrativa. La precitada ley hace mención de la autonomía de la voluntad, según la cual el paciente tiene derecho a aceptar o a rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con expresión de causa o sin ella, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061, a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud.

El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria vinculada a su salud, como así también a no recibir dicha información si no lo desea.

La Ley 26.529 señala, en sus primeros artículos, los derechos del paciente en relación con los profesionales e instituciones de la salud.

Respecto del derecho a la asistencia sin ningún tipo de discriminación, puede decirse que el médico tratante solo podrá eximirse de asistir al paciente, siempre y cuando se hubiera hecho cargo efectivamente otro profesional competente.

El paciente tiene derecho a un trato digno y respetuoso, respecto a sus convicciones personales y morales, y, principalmente, a sus condiciones socioculturales, de género, de pudor, a su intimidad, ligada esta a la dignidad humana y a la autonomía de la voluntad, como así también a la confidencialidad de sus datos sensibles y a la documentación clínica.

La ley también hace señala la confidencialidad. El paciente tiene derecho a que todos los que participan en la manipulación de la documentación clínica o los que tengan acceso a su contenido guarden la debida reserva.

Cuando nos referimos al consentimiento informado, hablamos en parte de la información médico-paciente. Al respecto, la Ley 26.529, en su artículo 3º, entiende que “la información sanitaria es aquella que de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de la comprensión de paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos complicaciones o secuelas de los mismos”.

Entendemos que es un artículo íntimamente ligado al consentimiento informado. Es muy importante que el profesional de la salud exponga la información de manera clara. Es decir, que no haya dudas de lo que está exteriorizando, y que, si las hay, las evacúe para que el paciente pueda decidir con toda la información precisa.

También consideramos que es de vital importancia la información suficiente, ya que de nada sirve abrumar al paciente con conceptos generales o técnicos. Es necesario que la información simplemente se adecue a su caso en particular, y que sea precisa. No menos importante es la comprensión del paciente, que muchas veces es resultado de su situación sociocultural, su nivel de instrucción y su capacidad para comprender y discernir.

La ley establece que hay que informarle al paciente los estudios y los tratamientos que fuera menester realizar. Aquí el profesional deberá darle todas las opciones que la medicina tiene para su afección, dolencia o enfermedad. Con ello nos referimos a todos los adelantos que la ciencia médica ha puesto a su disposición. No es suficiente que se le informe de algunos tratamientos. El profesional deberá informarle de todos ellos, e indicarle cuál o cuáles de ellos considera que se adecúan mayormente a su caso, así como los motivos de su elección.

El conocimiento por parte del paciente en cuanto a los riesgos, complicaciones y secuelas es relevante, ya que va a determinar en alguna medida su decisión. Sobre la base de ese conocimiento, y en virtud de la autonomía de la voluntad, querrá o no asumirlos.

En este sentido, el art. 5º de la ley 26.529 (t. o. ley 26.742) establece: “Entiéndase por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento”<sup>52</sup>.

Por lo citado anteriormente, “aun cuando el paciente se encuentre incapacitado –y, por ende, impedido de manifestar su voluntad con la práctica médica recomendada– no puede prescindirse de ella, la que será requerida, entonces, a sus representantes legales, o en su defecto a las personas indicadas en el art. 6º de la ley 26.529, y en el orden allí establecido”<sup>53</sup>.

Cabe destacar el acierto del ordenamiento jurídico señalado, por cuanto permite que la persona que atraviese una enfermedad irreversible, incurable, o se encuentre en estado terminal tenga derecho a optar por una muerte digna. Este supuesto abarca, además, el de decidir si acepta someterse o no a tratamientos terapéuticos que le prolonguen la vida en ese estado.

---

<sup>52</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 4.

<sup>53</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 8.

“En la base de la explicitación de los tratamientos que son renunciables en torno al final de la vida se encuentra la preocupación por preservar el derecho a la vida y evitar cualquier decisión que pudiera significar una legitimación del derecho al suicidio asistido o de eutanasia pasiva. Por otra parte, la renuncia a tratamientos extraordinarios y desproporcionados no vulnera el derecho a la vida, pues sólo se evita una prolongación innecesaria y la muerte ocurre por una situación irreversible y terminal”<sup>54</sup>.

La ley menciona que, para que opere la renuncia a los tratamientos médicos, la persona debe tener su salud en un estado irreversible, incurable y terminal.

Siempre va a haber cuestionamientos acerca de la discrecionalidad de quien decide eso, y del alcance de la medida tomada. Si era realmente irreversible o si le quedaba algún margen, aunque sea ínfimo, de posibilidad de curación.

Cabe destacar que, tal como lo dispone el art. 60 del CCyC, en la Argentina, la eutanasia está prohibida: “Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas...”.

#### **2.4. El consentimiento informado en el Código Civil y Comercial**

Al mencionar los derechos y actos personalísimos, el art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación dice literalmente que “el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada respecto a:

- a) su estado de salud;
- b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) los beneficios esperados del procedimiento;
- d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
- h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

---

<sup>54</sup> Lafferriere, Jorge N., “Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742”, en Gil Domínguez, Andrés (dir.), *Muerte digna*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

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

Más adelante nos ocuparemos de las directivas médicas anticipadas y de lo que establece el Código Civil y Comercial al respecto.

En líneas generales, decimos que el consentimiento informado es la declaración de voluntad expresada por el paciente luego de haber recibido información sobre su estado de salud, los procedimientos, los riesgos, los beneficios, los perjuicios, las consecuencias, etc.

El art. 59 dispone que ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado. También el citado artículo hace alusión a que, si un paciente tiene una enfermedad irreversible, incurable, o se encuentra en estado terminal, puede rechazar los procedimientos extraordinarios o desproporcionados. Asimismo, establece que, si la persona está absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad, debe hacerlo su representante legal.

Cabe mencionar que para que la exteriorización de la manifestación de la voluntad sea válida debe tener características especiales. Estas características son el discernimiento, la intención y la libertad.

Conforme al art. 260 del CCyC argentino, “el acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior...”.

Así, vemos que, en el tema que nos ocupa, el acto exterior manifiesto es el consentimiento informado positivo, y será una prueba crucial en el momento de un litigio.

Si faltase alguno de esos tres elementos que caracterizan al acto voluntario, este se tornaría involuntario.

En primer lugar, el discernimiento requiere de cierto desarrollo intelectual. “Es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Son estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones. El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo. Son causas obstativas del discernimiento la inmadurez de la persona en razón de su edad o por la alteración de las facultades mentales. El Código reputa involuntario el acto lícito realizado por personas menores de trece años; los actos ilícitos ejecutados por quienes no alcanzaron la edad de diez años y los actos llevados a cabo por quienes. Al momento de realizarlos, se encontraban privados de razón”<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra.ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 28.

La intención, por su parte, implica que la persona ha comprendido y quiere lo que realiza. Cabe destacar que los actos humanos se presumen hechos con intención. Asimismo, se entiende que el sujeto conoce exactamente la situación particular, a excepción de los actos cometidos por error o dolo, en cuyo caso quien invoca el error o el dolo correrá con la carga probatoria.

Finalmente, de acuerdo con el *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, la libertad "...es la facultad de elegir entre distintas alternativas, espontáneamente, esto es, sin coacciones ni intimidación. Por tanto, suprimen la libertad de fuerza, el temor o intimidación (art. 276). Los actos humanos se presumen libres; de manera que las situaciones de excepción que obstan a la celebración de un acto libre y sin vicios deben demostrarse –verbigracia, las causas externas que han influido en la voluntad de la persona con finalidad de coartar la libertad–”<sup>56</sup>.

Es importante lo que indica, por otra parte, el Código Civil y Comercial en su art. 262, en cuanto a la manifestación de voluntad: “Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material”.

Observamos claramente que el sujeto deberá exteriorizar su “conciencia interna”, es decir, lo que realmente quiere, para que otros puedan, mediante la oralidad, por escrito o por signos inequívocos, conocer su real voluntad.

Nos parece relevante mencionar que, en alusión a la dignidad humana, el art. 51 del CCyC expresa lo siguiente: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

## **2.5. Sujetos obligados a dar el consentimiento. Capacidad**

La capacidad es la habilidad que tienen las personas para ejercer ciertos actos. Nuestro CCyC establece, como criterio, las edades de las personas. Dentro de ese criterio general, hay excepciones, como es el caso de los deficientes mentales.

“En función de la redacción del art. 26, CCC, debemos repasar el ordenamiento jurídico para identificar esas normas que van 'permitiendo' a la persona menor de edad ejercer por sí ciertos actos. En este sentido, tenemos una norma que podríamos decir que confiere una autorización de carácter general. Nos referimos a lo referido al consentimiento para tratamientos médicos y el cuidado del propio cuerpo: 'Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo' (art. 26). *La complejidad*

---

<sup>56</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra.ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 28 y 29.

de este artículo excede el alcance de este trabajo y será motivo de un estudio específico *posterior*”<sup>57</sup>.

Respecto del consentimiento, se ha dicho que “la aptitud o competencia para recibir información y tomar decisiones sobre el propio cuerpo, responde al concepto de autonomía progresiva, arraigado ya en las convenciones de derechos humanos, que desde el año 1994 forman parte del bloque constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN). Así se reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos, atribuyéndoseles mayor poder de decisión según su edad y grado de madurez. En este sentido, el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que los menores entre 13 (trece) y 16 (dieciséis) años tienen aptitud para decidir sobre tratamientos médicos no invasivos, ni especialmente riesgosos; con la asistencia de sus progenitores cuando los tratamientos presentaren tales condiciones. A partir de los dieciséis años de edad, se consideran adultos para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo (...) De otro lado, el nuevo Código sigue los principios contenidos en la Convención internacional de personas con discapacidad (13/12/2006, acogida en la ley 26.378, de 2008), para el caso de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. La ley presume su capacidad, admitiendo la aplicación de limitaciones de carácter excepcional que hagan al beneficio del afectado, previo examen interdisciplinario, y sujetas a revisión periódica. La sentencia que se dicte en su caso será 'a medida', especificando qué funciones y cuáles actos serán objeto de restricción (art. 38), pues la idea es garantizar el mayor grado autonomía posible”<sup>58</sup>.

En cuanto al ejercicio de los derechos de la persona menor de edad, el art. 26 del CCyC establece que esta “ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Concluimos, entonces, que los menores tienen derecho a ser oídos en todo proceso judicial. Entre los 13 y los 16 años, tienen aptitud para decidir sobre los tratamientos no invasivos, es decir, los tratamientos que no comprometen su estado de salud o los colocan en una situación riesgosa o de gravedad para su vida o su salud. Si esto último sucede, el adolescente debe prestar su consentimiento junto al de sus progenitores.

---

<sup>57</sup> Lafferriere, Jorge N., “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”, *DFyP 2017* (mayo), 207. Cita: TR LALEY AR/DOC/998/2017.

<sup>58</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 2.

Por otra parte, “el nuevo Código sigue los principios contenidos en la Convención internacional de personas con discapacidad (13/12/2006, acogida en la ley 26.378, de 2008), para el caso de personas con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo. La ley presume su capacidad, admitiendo la aplicación de limitaciones de carácter excepcional que hagan al beneficio del afectado, previo examen interdisciplinario, y sujetas a revisión periódica. La sentencia que se dicte en su caso será 'a medida', especificando qué funciones y cuáles actos serán objeto de restricción (art. 38), pues la idea es garantizar el mayor grado autonomía posible. Se prevé además la designación de los apoyos correspondientes, que consistirán en '...Cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general... ' (art. 43 del CCyCN). Es así que las personas que padecen limitaciones como las citadas, se presumen competentes para recibir información y tomar decisiones sobre su salud, pudiendo asistirlos, o en casos extremos representarlas el cónyuge, el conviviente, el pariente, el allegado que lo acompañe o en su caso el representante legal o apoyo, si no estuvieren en condiciones de expresar su voluntad (art. 59 del CCyCN)”<sup>59</sup>.

## 2.6. El deber de informar

El médico debe advertir al paciente de todos los riesgos de su tratamiento o de la intervención quirúrgica, de los efectos o peligros colaterales funestos, etc. El consentimiento informado no debe ser un “manual de medicina” detallado y preciso. Al contrario, el médico debe expresar al paciente con palabras sencillas y claras, para que este pueda comprender exactamente a qué se somete.

El médico debe ser objetivo y realista e informar al paciente con la verdad, por más difícil que esta sea de aceptar, ayudándolo y acompañándolo en lo que la ciencia médica pueda alcanzar.

La información le genera tranquilidad al paciente y le quita incertidumbre, al conocer de forma clara y segura su diagnóstico, su tratamiento y las posibles consecuencias.

“En la relación asistencial vemos que el paciente va en busca de ayuda, y por este hecho, la relación médico enfermo es siempre asimétrica, puesto que éste último se encuentra en inferioridad de condiciones, y por lo tanto su autonomía se verá recortada Dworkin dice que la '... enfermedad es el más importante ladrón de la autonomía”<sup>60</sup>.

Coincidimos en que la relación médico-paciente es desigual, asimétrica, por el simple hecho de que el paciente no tiene los conocimientos médicos necesarios para saber con certeza qué es lo que le está sucediendo, por qué motivos está enfermo o cuál sería, en su defecto, el tratamiento que deberá seguir. El médico está en condiciones superiores porque sabe el diagnóstico y el tratamiento que su paciente necesita. Por eso entendemos que el paciente se somete a un tratamiento, se deja llevar por lo que el profesional le indica con confianza y con la certeza de que tendrá “mejor suerte en su salud”, ya sea con la cura o con la mejoría de su estado.

---

<sup>59</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 2.

<sup>60</sup> Zanier, Justo, *Consentimiento informado en la relación paciente-equipo de salud*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 1998, p. 50.

Las personas que no se dedican a la medicina ignoran, en su gran mayoría, las nociones médicas. Por ello, el médico tiene que utilizar palabras que se ajusten a la comprensión del paciente.

En el caso de las cirugías, “el cirujano debe otorgar al paciente las oportunidades suficientes de consulta y diálogo esclarecedor respecto al relevante acto de la cirugía en la vida de dicho paciente, así este podrá tener en claro la existencia de diferentes opciones respecto al tratamiento que necesariamente deberá seguir. Lo antedicho no significa que un paciente deba ser convertido en un especialista, sino solamente tener oportunidad de discernir con total claridad y absoluta autonomía, sin injerencias ni poder ser influenciado por su médico de ningún modo”<sup>61</sup>.

Al paciente, que no conoce todas las alternativas a su tratamiento, el cirujano deberá informarle si la cirugía es la única opción viable para su afección o si existe una posibilidad menos invasiva que solucione su problema. Tal vez, si existe un tratamiento menos invasivo, el médico le sugerirá intentar agotar todas las posibilidades antes de la cirugía. Entonces el paciente decidirá, según la información obtenida, qué hacer.

Es común que los pacientes no hayan comprendido o no hayan podido elaborar lo que les informó el médico. “Por ejemplo, el resultado de un estudio sobre 50 pacientes, muestra que una hora después de la entrevista con el médico a los efectos del consentimiento, tras la cual presumiblemente todos debieron haber leído y firmado un formulario de consentimiento informado, 22 % de los pacientes no había leído íntegramente el formulario, sólo el 34 % conocía los procedimientos médicos que se utilizarían, únicamente el 22 % había comprendido cuál era el objetivo o propósito del tratamiento y apenas el 20 % los riesgos que llevaba aparejados. Diferentes grupos reproducen estudios con similares resultados, con los que pretenden corroborar que es imposible lograr que los pacientes comprendan razonablemente que es lo que se va a hacer con su cuerpo”<sup>62</sup>.

Si bien existe el deber legal de informar, se deberán tener en cuenta el lugar y las circunstancias, y habrá que darle al paciente el tiempo de reflexión para que pueda tomar una decisión con libertad.

“Un pronunciamiento ilustrativo es el resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso 'I. V. vs. Bolivia' (30/11/2016). La actora, en el marco de una operación cesárea, experimentó la pérdida permanente de su función reproductora (salpingoplastia bilateral). El tribunal consideró que no se trataba de una urgencia o emergencia terapéutica; que la actora, por la envergadura de la intervención que se le estaba practicando (cesárea), se encontraba en una situación de vulnerabilidad y estrés; que la información que se le pudo haber suministrado se realizó en un lugar inadecuado (el quirófano) y de manera inoportuna (en el acto quirúrgico), sin que la paciente hubiera tenido oportunidad de "reflexionar y comprender" las consecuencias de la decisión que estaba tomando (debido a la ausencia de un plazo razonable de reflexión que posibilitase entender que la información fue cabalmente comprendida). Consideró, en definitiva, que el galeno no había obtenido un consentimiento personal libre, previo, pleno e informado”<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Montanelli, Norberto, *Responsabilidad criminal médica*, Buenos Aires, García Alonso, 2005, p. 176.

<sup>62</sup> Highton, Elena I./Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991, p. 30.

<sup>63</sup> Tobías, José W. “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY* 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY 2019-F, 1012 – RCyS 2020-II, 3 - DFyP 2020 (febrero), 20/02/2020, 107. Cita Online:

Lo mismo ocurre cuando un paciente se encuentra con sus facultades disminuidas para tomar decisiones, como cuando, bajo los efectos de la anestesia, o estando sedado en la puerta del quirófano, le dan el escrito del formulario del consentimiento informado para firmar. Todos estos supuestos denotan una pérdida de oportunidad del paciente de solicitar una segunda opinión a otro profesional, o de tomarse él mismo el tiempo de reflexión, asumiendo cabalmente la responsabilidad de su decisión, a partir de evaluar los beneficios o los perjuicios que esta le podrá ocasionar.

“Respecto del deber de información, muy presente en los consentimientos referidos a la disposición de derechos personalísimos, y más allá del marco específico, resulta especialmente relevante cuando la falta de información de una de las partes produce un desequilibrio en la etapa de formación del consentimiento: la persona con la que celebrará el contrato, para el que se requiere el consentimiento, es quien le suministra el espectro de informaciones que nutren el consentimiento. Si esto es verdad para cualquier contrato, el desequilibrio entre el médico y le paciente o los requirentes de una técnica de reproducción humana asistida y el centro de salud, es mucho mayor. La distancia se agiganta no solo por la calidad técnica de quién suministra la información, sino por la usual angustia con la que el paciente recurre a la consulta. Un deber de información que comunica en términos inasequibles a la parte (que no sea claro y adecuado), que mutila alternativas o consecuencias, engendra una patología del consentimiento prestado (...) De ahí, también, que deba atenuarse la idea de unilateralidad del consentimiento. Es indudable que el consentimiento por definición es un acto jurídico unilateral consistente en una declaración de voluntad. Pero ese consentimiento se inscribe en una progresión de intercambios que son en sí mismos actos jurídicos pre-consensuales y que pueden afectar su eficacia. Si bien esos actos jurídicos unilaterales que edifican el consentimiento no son contractuales, suponen una relación jurídica que precede al consentimiento. El consentimiento se monta sobre un edificio previo que surge de una relación bilateral, que supone un entramado de deberes de diligencia y buena fe recíprocos”<sup>64</sup>.

La capacidad jurídica es la aptitud que tienen las personas para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Así como el médico debe guardar reserva por el secreto profesional, sin dar a conocer el estado del paciente a personas no autorizadas por este, debe informarle al paciente de todo lo que necesite saber acerca de su enfermedad. Por ello, “después del deber de secreto profesional, que es un deber negativo, de no revelar datos sobre el paciente a terceros no autorizados, el segundo deber del médico relativo a la información es un deber positivo, consistente en informar al paciente sobre su estado de salud, la terapéutica aconsejada y sus posibilidades de curación, en caso contrario, debe informar al paciente su incurabilidad (...) se le obliga a corresponder la confianza del paciente, poniéndolo debidamente en tema acerca de su estado de salud, etiología de su dolencia, pronóstico de su evolución y tratamiento aconsejado, riesgos asumidos al someterse a ciertos estudios, etc. El médico ha de suministrar al usuario la información necesaria con el fin de iluminar y esclarecer cualquier duda, para poder decidir con libertad, dentro de las opciones posibles que la ciencia médica ofrece. La Ley no concede al profesional médico atribuciones para imponer sus criterios sobre la autonomía del usuario, único legitimado para decidir consciente y responsablemente qué riesgos asume

---

AR/DOC/3915/2019, pp. 1 y 2.

<sup>64</sup> Basset, Úrsula C., “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución”, *LA LEY* 01/07/2021, 01/07/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/1892/2021, p. 12.

o a qué bienes renuncia en relación con su vida o integridad (art. 2 incs. e) y f) ley 26.529)”<sup>65</sup>.

En el caso de que el paciente fuera médico, igual debe prestar su consentimiento. Esto forma parte de los derechos personalísimos. Es muy probable que se atienda con otro médico porque esa no es su especialidad o porque tal vez necesite una visión distinta u objetiva respecto de su enfermedad.

El médico deberá decirle la verdad al paciente, aunque esta no fuera la más alentadora. Si el paciente no es capaz de comprender, el médico deberá informarle al familiar, pariente o acompañante. “Sin embargo no debe subestimarse el derecho del enfermo de saber su estado de salud y el pronóstico del mismo. En todo caso, si las necesidades psíquicas impiden instruirlo completamente, el médico debe decir toda la verdad a los miembros de la familia que sean más próximos o ejerzan autoridad sobre el enfermo”<sup>66</sup>.

Si el médico informa adecuadamente, se libera de responsabilidad profesional en cuanto al otorgamiento de la información. Sin perjuicio de ello, deberá responder por sus actos médicos.

“El doctor debe advertir al enfermo los riesgos de una operación o del tratamiento aconsejado, determina para el médico dos dificultades: la primera proviene de la ignorancia técnica del enfermo; la segunda de su estado moral”<sup>67</sup>.

En la primera dificultad que menciona el párrafo precedente, el médico debe ajustar su vocabulario al del enfermo, simplemente debe informarlo, con el objetivo de que pueda llegar a comprender qué le está diciendo y, en su caso, deberá observar el estado psicológico del paciente.

En cuanto al deber de informar en forma adecuada, en relación con la obligación médica de resultado, por regla general, la obligación del médico es de medios, pero en ciertos casos es de resultado.

Esto puede observarse en un caso en el que, tras una cirugía estética, a la actora le quedó una cicatriz visible en el abdomen. Según las pericias médicas, el médico actuó diligentemente, según la *lex artis* médica. Las consecuencias de la operación fueron previsibles e informadas. El problema surgió con la ubicación de la cicatriz, que la actora manifestó que no se le había informado adecuadamente, por lo que el resultado fue inferior a sus expectativas. La condena quedó apoyada en la frustración del resultado, motivada por el lugar en donde quedó ubicada la cicatriz. La actora había consultado al galeno con el fin de mejorar su aspecto, y precisamente donde quedó ubicada la cicatriz no cumplió con ese objetivo. La deficiencia en el consentimiento informado generó la responsabilidad civil sobre el médico y el derecho a la paciente a ser indemnizada. Se sostuvo que, en la cirugía estética, dado su carácter no terapéutico, el resultado proyectado de la operación define su realización. Finalmente, la cámara resolvió reducir la suma a \$ 200.000 en concepto de daño moral, \$ 5000 en concepto de

---

<sup>65</sup> López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, *LA LEY* 15/02/2016, 15/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1021. Cita: TR LALEY AR/DOC/377/2016, p.3.

<sup>66</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 521.

<sup>67</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 521.

gastos en medicamentos, tratamientos, honorarios de psicoterapeuta, coseguros y traslados (pasados)<sup>68</sup>.

A continuación, abordaremos el caso “Broda, Roberto Carlos c/ Neuspiller, Nicolás Raúl s/ Daños y perjuicios”, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en cuanto establece que el médico debe informar en la fase previa de la celebración del contrato, pero también en la fase de ejecución. Así lo expresa el fallo: “La información correcta sobre los riesgos propios de los tratamientos a efectuarse concierne no sólo a la fase previa a la celebración del contrato médico, sino también a la fase de ejecución de ese tratamiento, en cuanto permita al paciente consentir sobre la adopción de las medidas de precaución más idóneas para la salvaguarda de su salud. De ahí que, si no surge de la historia clínica que se haya informado a la paciente o a su cónyuge de la necesidad de traslado de la parturienta a una institución de alta complejidad, sino que solamente se efectuó esa comunicación cuando el estado de la paciente se había tornado de suma gravedad, tal circunstancia evitó que la damnificada y su cónyuge pudieran decidir el lugar que elegirían de acuerdo a los riesgos que pudieran presentarse”<sup>69</sup>.

## 2.7. Forma del consentimiento informado

Como se señaló anteriormente, el consentimiento informado será verbal, salvo las excepciones que establece el art. 7 de la ley 26.529: a) internación, b) intervención quirúrgica, c) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, e) procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley, e) revocación. En estos casos, se requiere que el consentimiento se haga por escrito y que sea debidamente suscrito.

Consideramos que es correcto que el consentimiento informado se instrumente en forma verbal y que haya excepciones expresas a los casos en que debiera ser por escrito, dado que, como mencionamos en alguna parte de este trabajo, la relación médico-paciente está basada en la confianza.

Sin embargo, alguna parte de la doctrina considera que, como regla, el consentimiento informado debiera ser por escrito, y, como excepción, verbal. Por cierto, “todos aquellos supuestos plasmados en la norma como excepciones a la regla general del consentimiento verbal, no son más que la generalidad de los casos que suelen suscitarse durante la relación entre los médicos y/o establecimientos asistenciales, por un lado, y el paciente, por el otro. Nótese que la redacción de los incs. b) y c) del art. 7º incluye prácticamente todos los tratamientos y prácticas médicas. Por ende, estimamos que la forma escrita debería haber sido establecida como regla general y la verbal como excepción”<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “S., L. c. S. S., P. M. y otro s/ daños y perjuicios”, 11/08/2020. Cita: TR LALEY AR/JUR/35564/2020.

<sup>69</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, “Broda, Roberto Carlos c/ Neuspiller, Nicolás Raúl s/ Daños y perjuicios, 19/11/2004, L.379050.

<sup>70</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 10.

Sostenemos, al igual que la doctrina mayoritaria, que la ley está bien instrumentada en ese sentido. El consentimiento informado es verbal, salvo las excepciones que menciona la ley. Para afirmar lo planteado, nos basamos en la buena fe de la relación médico-paciente. De otra manera, el trato sería impersonal, burocrático y con riesgo de que se comiencen a implementar formularios predispuestos en los que el paciente tendría que firmar consintiendo totalmente su contenido.

No es válido un consentimiento genérico del paciente. Debe haber un consentimiento por cada práctica médica. “Independientemente de que términos manifiestamente genéricos ('he sido informado de los riesgos' o 'he sido informado de las consecuencias de la no realización de la práctica', o similares) carecen de la idoneidad para tener por cumplido el deber de información, es perceptible, además, que el documento tampoco es idóneo para reemplazar la comunicación coloquial entre paciente y médico (única que posibilita al paciente interpelar al médico sobre sus incertezas y a estas contestarlas). Por lo demás, siendo que el lenguaje debe adecuarse a las particularidades de comprensión de cada paciente, además de adaptarse a su estado psíquico, el documento escrito no es, por lo general, un medio apropiado de comunicación y es insuficiente, por lo tanto, para sustituir el coloquio con el profesional (sobre todo en el caso de intervenciones complejas en que las alternativas posibles no se presentan con particular claridad)”<sup>71</sup>.

El consentimiento informado escrito nunca debe sustituir la comunicación verbal entre el médico y el paciente. Todo lo contrario, el escrito es un complemento de lo conversado; el paciente tiene la información oral y luego la escrita, por lo que le quedan más posibilidades de comprender lo que el médico le transmitió, y, si le queda alguna duda, tiene esa segunda instancia para leer lo que el médico ya le había dicho.

“Para llenar su cometido, la información que el médico debe suministrar a sus pacientes debe cumplir cuatro requisitos según el Tribunal Supremo: ella debe ser objetiva, veraz, completa y comprensible. Estos requisitos, conforme el nuevo art. 59 CCyC, son tres: la información debe ser clara, precisa y adecuada. Creemos que básicamente ambas formulaciones coinciden, más allá de ser expresadas con diferentes palabras, porque en el fondo ellas requieren extremos que son similares: a) Las informaciones suministradas al paciente deben ser inteligibles y comprensibles para su destinatario, además de exactas, pertinentes y adaptadas a la situación sobre la que el galeno actúa. b) Una información clara es, sin duda, una comprensible; ello, pues ambas expresiones son aproximadamente equivalentes o una cabe dentro de la otra. c) No debe informarse sesgadamente al paciente ni en forma incompleta. Una información incompleta es una información inadecuada. d) La información no debe ser vaga, excesivamente amplia o imprecisa”<sup>72</sup>.

El médico tiene diversos tipos de pacientes en cuanto a su estado sociocultural. Esto nos indica que el médico debe ver si el paciente lo comprende o si debe usar un lenguaje más coloquial, es decir, ponerse al nivel de la comprensión del paciente.

En ocasiones, los médicos, cuando ven que el paciente tiene dificultades para

---

<sup>71</sup>Tobías, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY* 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY2019-F, 1012 – *RCyS* 2020-II, 3 - *DFyP* 2020 (febrero), 20/02/2020, 107. Cita Online: AR/DOC/3915/2019, p. 2.

<sup>72</sup> López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, *LA LEY* 15/02/2016, 15/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1021. Cita: TR LALEY AR/DOC/377/2016, p. 6 y 7.

comprenderlo, le solicitan que vaya a la consulta acompañado con algún familiar o persona de su confianza para que, si llegase a quedar alguna duda, esa persona que mantiene un vínculo con el paciente facilite la conversación con el médico. Además, si al paciente le quedan dudas, puede también consultarle si comprendió lo mismo que él. Esta es, a nuestro modo de ver, una buena alternativa que suma a la relación médico-paciente.

No tiene validez un consentimiento dado anticipadamente para eventos futuros, por lo que coincidimos en que "...no resulta de validez el consentimiento dado por anticipado sobre eventos futuros desconocidos al momento de su emisión por parte del paciente, ya que esto suele introducirse en algunos formularios a fin de facultar a los médicos (sobre todo a los cirujanos) a llevar a cabo una extensión de la intervención originalmente prevista. Consideramos que el consentimiento informado debe otorgarse para un acto médico concreto y determinado, por lo cual mal puede consentir el paciente y asumir los riesgos de algo que no sucedió aún y del que desconoce su entidad"<sup>73</sup>.

Recordemos que, según el art. 55 del CCyC, el consentimiento referido a derechos personalísimos "es de interpretación restrictiva".

En cuanto a la oportunidad y al momento en que debe darse el consentimiento informado al paciente, la ley nada dice al respecto, pero entendemos por simple lógica que deberá ser antes de la práctica médica para la cual el paciente deba prestar su conformidad, con una antelación suficiente para que pueda reflexionar al respecto, evaluar los costos y beneficios que le otorgaría realizar ese tratamiento y considerar los riesgos.

Entendemos, entonces, que el consentimiento informado debe incluir el estado de salud del paciente.

Por otro lado, es recomendable que, luego de la información brindada al paciente, el formulario del consentimiento sea personalizado. Es decir, que incluya datos del paciente: su nombre, su apellido, su documento, etc. Entre otros datos formales, la fecha es muy importante. La idea es que no sea meramente un formulario "administrativo", sino que se torne más personal en referencia al paciente.

## **2.8. Obligatoriedad del consentimiento**

Como dijimos, el consentimiento informado es siempre obligatorio. La diferencia es que, por regla general, se le informa al paciente en forma verbal, y, en las excepciones que arriba mencionamos, es obligatorio que se realice por escrito.

A nuestro entender, la diferencia radica fundamentalmente en el riesgo que implica el tratamiento médico. Así, la internación, la intervención quirúrgica, los procedimientos diagnósticos y los procedimientos terapéuticos invasivos son procedimientos que presentan más riesgos.

En esos casos, el consentimiento informado se debe instrumentar por escrito porque así lo establece la ley; además, porque el médico tiene mejor forma de probarlo y, en su

---

<sup>73</sup> Calvo Costa, Carlos A., "El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado", *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 12.

caso, de exonerarse de responsabilidad si actuó de forma diligente.

## 2.9. Omisión del consentimiento

El paciente debe dar su consentimiento; de lo contrario, el médico nada más puede hacer. Esto es así, siempre que el paciente sea capaz y que haya sido informado por el médico de todos los riesgos. “Sin embargo se ha admitido en supuestos de tratamientos médicos y transfusiones sanguíneas con fines terapéuticos que siendo segura la terapia, si no ocasiona mayores molestias o dolores y, fundamentalmente si resulta imprescindible para prolongar la vida y conservar la salud, cabe su imposición a la persona aun contra la voluntad de la misma”<sup>74</sup>.

Esto pone en evidencia la voluntad de los legisladores y del orden público, que hacen prevalecer la vida humana por sobre todas las cosas.

El médico tiene la obligación de informar al paciente el diagnóstico y los tratamientos propuestos. Asimismo, la negativa o la omisión de dicha responsabilidad le acarrea al galeno responsabilidad civil por la que deberá responder.

La información insuficiente es inadecuada. La omisión de información también se considera una falta. Si bien no es una mentira, es una información inexacta, imprecisa e inadecuada, por la que también el profesional deberá responder.

Hay excepciones en las que un paciente no soportaría escuchar la información acerca del estado de su salud, que su médico le debiera comunicar. Esto agravaría el cuadro de salud del paciente y no ayudaría en absoluto a su evolución. Para estos casos “especiales”, el médico deberá informarle a la familia la situación que está atravesando el paciente.

En situaciones excepcionales, como ser una urgencia, el médico debe actuar de inmediato porque prima un interés superior, que es la vida misma del paciente. Aquí vemos involucrado el orden público, que está por encima de un contrato entre el paciente y el médico. Claro está que en la sala de emergencias no hay contrato; se trata de una relación que surge espontáneamente y que es claramente extracontractual.

En caso de emergencia médica, el médico no está obligado a solicitar el consentimiento al paciente, ya que se sobreentiende que su vida está en riesgo y que no hay tiempo para reflexionar sobre opciones.

Repasando parte del art. 59 del CCyC, si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud.

En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y si tiene por objeto evitar un mal grave al paciente. En este caso, vemos cómo la emergencia es una excepción a la exigencia que la ley le hace al médico de obtener el consentimiento informado del paciente.

---

<sup>74</sup> Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 522.

“La falta de información no genera *per se* responsabilidad civil; cuando la falta de información priva al paciente de la posibilidad efectiva de optar por otro tratamiento menos invasivo o de menor perjuicio, entonces, compromete la responsabilidad civil del profesional que no informó”<sup>75</sup>. En otras palabras, el hecho de privar a un paciente de su derecho a elegir otro tratamiento menos invasivo o que en definitiva le genere un detrimento o deterioro a su salud menor es lo que hace surgir la responsabilidad civil del profesional.

Al respecto, “el consentimiento informado no sólo es un deber de irreprochable conducta profesional, sino que la omisión del mismo deviene en una responsabilidad directa del médico que no lo hiciera, por incumplimiento del deber profesional. En consecuencia, la omisión implicaría una clara negligencia del galeno en dicho tratamiento, agravando peligrosamente su posición frente a una posible litis. De un sinnúmero de fallos penales estudiados, surge con claridad meridiana que los consentimientos informados son en las cirugías de enorme relevancia como valor probatorio de una buena o mala praxis”<sup>76</sup>.

Por ello, en los casos de las cirugías, la ley inteligentemente exige que los consentimientos informados sean por escrito.

Si un paciente se niega a un tratamiento médico y, en consecuencia, este empeora o incluso muere, la negativa es la mayor defensa que tiene un médico acusado de negligencia por no haber suministrado al paciente un tratamiento médico adecuado para curarlo o incluso a evitarle la muerte.

Por otro lado, en el caso de que un paciente se niegue a un tratamiento, el médico puede indagar por qué motivo el paciente toma esa decisión. Así, sin llegar a presionarlo, puede observar si comprendió los términos, las consecuencias y los riesgos de los tratamientos propuestos o si tiene algún inconveniente personal o de valores. Todo esto con la intención de ayudar al paciente dado a que los médicos priorizan que el paciente tenga el mejor estado de salud posible.

Un ejemplo claro de falta de consentimiento lo muestra un caso en el que se admitió la demanda de mala praxis por falta del consentimiento informado que se le debió requerir al demandante, en términos claros, precisos, completos y adecuados, antes de las dos operaciones a las que fue sometido. El cuadro que presentaba el accionante no era de urgencia, por lo que podría haber elegido vivir con esa dolencia, elegir otro tratamiento u otro profesional, en lugar de asumir los riesgos de la cirugía. Allí se afirmó que el consentimiento informado es la posibilidad del paciente de elegir el tratamiento con información suficiente y adecuada, tal como lo establece la ley 26.529 de Derechos del Paciente, que consagra la autonomía de la voluntad. Para que la responsabilidad médica pueda configurarse, el paciente debe acreditar que el daño que padece y cuya reparación reclama es consecuencia de un comportamiento culposo positivo u omisivo atribuible a la mala praxis del profesional. En el caso que analizamos al paciente se le realizaron 2 cirugías en la nariz. En la primera intervención quirúrgica, adujo que, recién al encontrarse en el quirófano, le fue requerida la firma de un papel que se encontraba preimpreso con espacios en blanco, y que no pudo leer dadas las condiciones en las que se encontraba, es decir, a escasos momentos de ser operado y ya en el proceso de

---

<sup>75</sup> López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, *LA LEY* 15/02/2016, 15/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1021. Cita: TR LALEY AR/DOC/377/2016, p. 9.

<sup>76</sup> Montanelli, Norberto, *Responsabilidad criminal médica*, Buenos Aires, García Alonso, 2005, p. 178.

sedación. En la segunda operación no se le requirió la firma. El tribunal de primera instancia hizo hincapié en la falta de consentimiento informado. Independientemente de si hubo o no negligencia médica en ambas intervenciones quirúrgicas, el fundamento decisivo por el que se confirmó la decisión de primera instancia reposó en la falta de consentimiento informado que debía requerírsele al demandante en términos claros, precisos completos y adecuados, con carácter previo a la realización de ambas cirugías. Así, la cámara confirmó la sentencia, elevó la indemnización de la incapacidad sobreviniente a favor del actor, comprensiva del daño estético y del tratamiento de psicoterapia, daño moral e intereses sobre el capital de condena”<sup>77</sup>.

## 2.10. Directivas anticipadas

La Ley 26.529, en el art. 11, y el CCyC, en el art. 60, exponen el tema de las directivas anticipadas. En este apartado, realizaremos un estudio de las diferencias y las similitudes de ambos artículos.

En uno y en otro texto, se mantiene la denominación “directivas anticipadas”, y, con la modificación del art. 11 por la ley 26.742, se identifican como “declaraciones de voluntad”.

El art. 11 se refiere a aceptar o rechazar un tratamiento médico; en cambio, en el art. 60, vemos que la persona puede a) anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud; b) en previsión de su propia incapacidad; c) puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos para ejercer su curatela.

Otra diferencia es que en el art. 60 no dice que la persona debe ser mayor de edad y formula que debe ser plenamente capaz. El art. 11 establece que es capaz la persona mayor de edad.

El art. 60 omite la frase que establece el art. 11, en cuanto a que las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo.

Ambos artículos coinciden en que las prácticas eutanásicas serán consideradas inexistentes (art. 11) y como no escritas (art. 60)<sup>78</sup>.

La Ley 26.529, en su art. 11, respecto de las directivas anticipadas, establece: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

---

<sup>77</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “N., D. H. c. S., L. J. y otros s/ daños y perjuicios – resp. prof. médicos y aux.”, 09/04/2021, 09/04/2021. Cita: TR LALEY AR/JUR/7817/2021.

<sup>78</sup> Lafferriere, Jorge N./Muñiz, Carlos, “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial”, *DFyP* 2015 (junio), 147. Cita Online: AR/DOC/1411/2015.

La Ley 26.742 modifica el precedente artículo, agregándole el siguiente párrafo: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”

El decreto reglamentario de la Ley 26.529. 1089/212, en su art. 11, dispone “Directivas Anticipadas. Las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de DOS (2) testigos, por ante escribano público o juez e primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza”. De este modo nos informa cómo deben darse las directivas anticipadas, algo que no establecen ni el art. 60 del CCyC ni la ley 26.529.

El art. 60 del CCyC reza: “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

Las directivas anticipadas son admitidas como una forma de consentimiento. Ello resulta relevante para nuestra investigación, pues el legislador permite que una persona adelante su decisión ante un futuro escenario en que tenga que tomar decisiones sobre su salud. Al respecto, deben cumplirse algunos requisitos, pues de otra forma parece que estamos ante una práctica que no es consistente con los principios que antes explicamos sobre la importancia del consentimiento. Debe tratarse de una persona capaz y la directiva no puede implicar el pedido de realización de la eutanasia.

A su vez, nada dice la ley sobre la información previa que debe recibir el paciente que deja indicada una directiva. En este punto, hay cierta inconsistencia con el deber de información que antes analizamos. Pareciera que la ley presume que la persona se ha interiorizado por sus propios medios sobre la práctica médica en torno a la que emitirá una decisión en forma anticipada.

Sobre el requisito de la mayoría de edad para dictar estas directivas, se ha dicho que constituye una “excepción al principio de autonomía progresiva, exigiéndose plena capacidad para el otorgamiento de este tipo especial de consentimiento informado. Se admite además la designación de un mandatario que podrá en su caso decidir qué es mejor para el afectado, no sólo en base a la opinión previamente expresada por éste, sino a sus propias convicciones”<sup>79</sup>.

Como vimos, tanto el art. 60 como el art. 11 citado anteriormente indican que la persona debe ser plenamente capaz.

Respecto de la negativa fundada en convicciones religiosas del paciente, “la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como es sabido, se ha pronunciado en la conocida causa 'Bahamondez' haciendo prevalecer la voluntad del paciente fundado en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas (testigo de Jehová) y su dignidad,

---

<sup>79</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 4.

criterio que reiteró en 'Albarracini Nieves'<sup>80</sup>.

En este caso, “parece subyacer la consideración de que el valor a atribuir a la declaración del rechazo a la transfusión cuando hay peligro de vida requiere que la voluntad para esa hipótesis esté prevista especialmente y resulte de manera inequívoca, a lo cual alguna doctrina agrega que la negativa debiera tener actualidad en el sentido de que, ante una situación de duda, es menester hacer valer el principio in dubio pro vita, pues una negativa preexistente puede como máximo acreditar la intención de la persona al momento de suscribir la declaración (que puede ser anterior en cinco, diez años o más)”<sup>81</sup>.

Por otro lado, el tema de los tiempos, en qué momento y bajo qué circunstancias se efectuaron esas directivas anticipadas, en algunos casos, genera la duda de si la persona mantiene dicha convicción transcurridos los años, o si esa declaración anticipada de voluntad quedó en el olvido y, bajo una situación sobreviniente de necesidad de aplicar esa directiva, debe resultar inequívoca. Como mencionaremos más adelante, en este mismo punto de la presente obra, consideramos que la declaración de voluntad anticipada debería actualizarse o ratificarse periódicamente.

“Claro que la diacronía nos llevaría también a considerar las directivas anticipadas, en las que la eficacia del consentimiento queda diferida al futuro y por ello el consentimiento cruje por la falta de inmediatez respecto de su objeto. Las circunstancias que se consienten en un momento pueden variar diametralmente en el momento de la ejecución del acto, haciendo que tal vez la persona, que ya no está en circunstancias de revisar el consentimiento originariamente prestado, se transforme en víctima de su propia voluntad pretérita. El consentimiento a las directivas es necesariamente un consentimiento débil y fragilizado. El derecho sucesorio tiene una serie de remedios para las declaraciones anticipadas de la voluntad que sería bueno observar en perspectiva analógica: no solo asegurarse que se trate de la última voluntad del causante (principio de revocabilidad y otras reglas concordantes), sino también leer en los hechos si algunas de sus cláusulas por la conducta del causante supusieron una revocación tácita e incluso reglas específicas de interpretación. El interés en resguardar una voluntad desajustada en el tiempo respecto de su objeto exige remedios también al derecho de las personas. Coincidimos en que es necesario regular una revisión periódica de las directivas anticipadas, sobre todo porque puede haber una evolución de las convicciones personales de quien las pronuncia y que, además, pueden mudar las circunstancias médicas: enfermedades que no son curables a la época de la emisión de la directiva pueden serlo luego con nuevos tratamientos, o puede vivirse con otra calidad de vida la sintomatología”<sup>82</sup>.

Coincidimos totalmente en que deberían actualizarse las directivas anticipadas, dado que, como se señaló, las convicciones personales pueden variar debido a distintas circunstancias. Por ejemplo, la persona puede haber estado sana en el momento de firmar la directiva y haber determinado algo imaginando su salud en el futuro; sin

---

<sup>80</sup> Tobías, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY* 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY2019-F, 1012 - *RCyS* 2020-II, 3 - *DFyP* 2020 (febrero), 20/02/2020, 107. Cita Online: AR/DOC/3915/2019, p. 4.

<sup>81</sup> Tobías, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY* 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY2019-F, 1012 - *RCyS* 2020-II, 3 - *DFyP* 2020 (febrero), 20/02/2020, 107. Cita Online: AR/DOC/3915/2019, p. 4.

<sup>82</sup> Basset, Úrsula C., “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución”, *LA LEY* 01/07/2021, 01/07/2021, 1. Cita: TR LALEY AR/DOC/1892/2021, p. 4.

embargo, más adelante puede tener una enfermedad terminal incurable, irreversible y no prevista. Esto lleva a que exista una directiva desajustada en el tiempo, en la que no consta si la persona tuvo en cuenta la circunstancia que fácticamente le ocurrió en el futuro. La salud de las personas muta, como también puede mutar su decisión respecto a la directiva anticipada que eligen dejar plasmada por escrito. Esto se basa en la autonomía de la voluntad.

“De acuerdo con la experiencia habida en la Argentina, mediante tales disposiciones la persona no intenta provocar su muerte, sino sólo la humanización del proceso de morir o bien su cuidado en base a tratamientos médicos aceptables en función de sus convicciones más íntimas –por ej., negativa a transfusiones sanguíneas por razones religiosas–. Es así que, al menos en una de sus expresiones más características, las directivas bajo estudio se vinculan al llamado 'ensañamiento terapéutico'.”<sup>83</sup>

El llamado “ensañamiento terapéutico” se refiere a mantener la vida de la persona a toda costa, aunque sufra dolores insoportables, aunque esté en estado vegetativo, aunque tenga distintos impedimentos vitales, etc. Cada persona podrá considerar si, ante una circunstancia similar, toma de decisión de dejar plasmada su voluntad anticipada como las aquí llamadas “directivas anticipadas”.

Un caso jurisprudencial que muestra claramente las directivas anticipadas es el siguiente. Una mujer de 84 años solicitó autorización judicial tendiente a obtener la tutela judicial efectiva del derecho constitucional a la autodeterminación personal y al respeto efectivo de sus directivas anticipadas.

Para el caso de que una eventual discapacidad mental pudiera afectar su discernimiento, impidiéndole tomar decisiones con lucidez y plena comprensión, rechazó los tratamientos invasivos y desproporcionados que tuvieran como única finalidad la mera prolongación de la vida biológica, sin expectativas reales de curación. Sin perjuicio de ello, aceptó recibir todos los cuidados paliativos integrales y todas las medidas de confort tendientes al alivio de su sufrimiento y del dolor en el proceso de muerte digna, así como el pleno respeto a las convicciones expresadas con base en sus valores, sus creencias y lo que considera mejor para su propia vida.

Para ello se hicieron presentes 2 testigos ante el tribunal, se le tomó la declaración personal para corroborar sus dichos escritos. Expresó la elección de un hogar geriátrico determinado en caso de que fuera necesario internarse, dio expresa autorización a favor de personas de su máxima confianza, para que pudieran cumplir fielmente con su voluntad. Asimismo, solicitó que se tomaran todas las medidas adecuadas para hacer efectiva su voluntad anticipada. También solicitó que dichas directivas se incorporaran en la primera hoja de la historia clínica del Hospital Privado de la Comunidad, que es donde ella habitualmente se atendía.

El tribunal hizo lugar a su petición, para lo cual consideró que la actora tomó esas previsiones con pleno discernimiento, libertad y claridad. Además, tuvo en cuenta que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, y que dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común, la intimidad y la privacidad<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> Wierzbica, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 10.

<sup>84</sup> Juzgado en lo Correccional nro. 4 de Mar del Plata, “B., I. N”, Causa nro, 4033, 03/10/2014. Cita: TR LALEY AR/JUR/49943/2014.

## 2.11. Revocabilidad del consentimiento

En cuanto a la revocabilidad del consentimiento, establece la Ley 26.529 en su artículo 10: “La decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la decisión implica”. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante solo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad se aconsejó para dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.

Como señalamos anteriormente, es importante destacar que el paciente tiene derecho a aceptar o a rechazar determinadas prácticas médicas con expresión de causa o sin ella, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. En esto radica precisamente la autonomía de la voluntad del paciente.

El consentimiento informado es un acto revocable en cualquier momento. Salvo que se haya realizado la intervención o cumplida la prestación objeto de dicho consentimiento. Aquí prevalece la autonomía de la voluntad en la que el paciente puede ejercer libremente su derecho de elección de continuar o no el tratamiento.

“Hemos visto ya, antes de ahora, que el asentimiento del paciente puede ser revocado, dejando sin efecto, por otra manifestación o declaración suya en sentido contrario, rechazando el tratamiento o la intervención propuesta. Se ha considerado a la “revocación del asentimiento” ya prestado como una situación de máxima, un supuesto en donde la autonomía y la libertad se muestran en su expresión más fuerte y definitiva. Pensamos que la revocación 'cierra el cuadro' de los derechos del paciente y debe ser bienvenida”<sup>85</sup>.

El paciente tiene derecho a revocar el consentimiento informado. Esto libera al médico de toda responsabilidad futura respecto de la salud del paciente. Claro está, si no lo está tratando por otra dolencia; además, es responsable de todos los actos hechos sobre la salud de ese paciente antes de la revocación del asentimiento.

Es posible que el paciente tenga múltiples motivos que lo llevan a revocar el asentimiento. Puede haber hecho otra consulta con otro/s profesional/es, puede haber escuchado el consejo de amigos, familiares y allegados que le han propuesto continuar con otro tratamiento, puede simplemente no querer tratarse.

Como bien menciona el precitado autor, el paciente debe haber tenido nuevos elementos de convicción para haber decidido revocar el acuerdo de voluntad unilateral.

---

<sup>85</sup> Mosset Iturraspe, Jorge/Piedecasas, Miguel A., *Derechos del paciente. Doctrina - Jurisprudencia*, 1era. ed., Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 69.

El médico debe acatar la decisión del paciente de revocar su asentimiento y no puede oponerse.

Si el paciente optase por revocar su asentimiento, para exonerar de toda responsabilidad al médico, deberá firmar que conocía los riesgos previsibles y esto deberá constar en su historia clínica.

El paciente, al tomar esa decisión, puede que no quiera tratarse más con ningún médico, o que cambie de médico o de tratamiento, sea cual fuere el motivo; el tema es que puede agravársele el cuadro de la enfermedad en el ínterin del cambio e incluso puede llegar a causarle la muerte.

La Ley 26742, en su art. 4, modifica el art. 7 de la Ley 26.529 de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 4º - incorpórase en el artículo 7º de la Ley 26.529 el siguiente inciso:

f) En el supuesto previsto en el inciso g) del artículo 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto”.

Ya hemos mencionado el art. 5º, inc. G) en el punto 2.3. de la presente obra. En líneas generales, se refiere al rechazo de la prolongación en el tiempo de un estadio terminal, incurable e irreversible.

## **2.12. Nulidad del consentimiento. Requisitos. Consecuencias**

Los consentimientos informados son nulos cuando han sido viciados, es decir, cuando presentan algún defecto en las condiciones propias de los actos voluntarios. Ello ocurre cuando hubo coerción para cambiar la voluntad del paciente. Además, cuando hubo dolo en la entrega de la información debida, cuando fue prestado por menores sin tener en cuenta la capacidad legal con respecto a la edad, cuando se le ha mentido o se le ha ocultado información al paciente. También cuando se le ha otorgado el consentimiento al paciente, para que lo firme, en una situación crítica, por ejemplo, estando bajo el efecto de los sedantes o de la anestesia, dado que no pudo tener el tiempo prudente para reflexionar, entre otros ejemplos que pueden darse.

Cuando en un establecimiento médico se le da al paciente un escrito para que este preste su consentimiento de todas las prestaciones médicas que en él se realizan, exonerando así al establecimiento de toda responsabilidad, el consentimiento dado es nulo, ya que es muy general y no explica al paciente su situación específica respecto a su dolencia o enfermedad, ni tampoco el procedimiento de su tratamiento y las consecuencias de este.

El consentimiento informado entregado en la puerta del quirófano también es nulo. El objeto del consentimiento es que el paciente tome conocimiento de su enfermedad o afección, y de los distintos métodos de curación que la ciencia médica le confiere. También permite informarse de cuál es el propuesto por el médico tratante conforme a sus conocimientos y al caso específico del paciente.

Lamentablemente, se conocen casos en que los pacientes se han quejado de que les han hecho firmar el consentimiento en el quirófano instantes después de haberles suministrado la anestesia para el procedimiento por el cual era debido obtener el consentimiento del paciente. Debe haber un sistema de control para que estas cosas no sucedan. Tampoco el consentimiento debe decir que la persona corre riesgo de morir, si

se trata de una cirugía menor, porque habría una desproporción entre el procedimiento y la consecuencia.

Por este motivo, decimos que el consentimiento entregado en la puerta del quirófano es nulo: el paciente no tuvo tiempo suficiente para reflexionar y para tomar una decisión a conciencia de los riesgos a los que se somete.

La consecuencia de la nulidad será que el acto no produce efectos, pues se procede como si nunca hubiese existido, y el médico o profesional de la salud correrá con toda la responsabilidad civil que ello acarree.

“Nulidad. El hecho concreto es que la falta de consentimiento por vicios provocados por el error, el dolo, la violencia o el fraude, en cualquiera de estas varias situaciones, da lugar a la nulidad de los actos o a sanciones como en el caso de la falta de consentimiento informado...”<sup>86</sup>.

El consentimiento es libre cuando la persona tuvo todas las opciones y de esa manera pudo elegir si acepta o no ese tratamiento o intervención; de no ser así, el consentimiento no sería libre y estaría viciado.

---

<sup>86</sup> Falcón, Enrique M., *Práctica de contratos*, 1ra. ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 2011, tomo I, p. 13.

## **CAPÍTULO 3. El consentimiento informado y la responsabilidad civil**

En el presente capítulo, trataremos el vínculo existente entre la responsabilidad civil médica y el consentimiento informado. Para ello, estudiaremos los casos en que el médico responde por culpa o dolo por haber producido un daño, y aquellos en los que el médico no responde por haber obrado con la debida diligencia, por haber entregado la información en tiempo y forma y porque obró según lo que la *lex artis* médica indica.

Además, abordaremos el tema de los daños, sin los cuales no hay ni responsabilidad ni resarcimiento. Seguiremos con la pérdida de chance, el vínculo de la pérdida de chance y la responsabilidad médica.

Luego expondremos el tema de la relación causal, el nexo entre el hecho y el daño, y señalaremos los casos en los que el médico queda eximido de responsabilidad, con las consecuencias jurídicas que esto acarrea.

Nos adentraremos en los temas de negligencia, dolo y mala praxis, para culminar con la carga probatoria en la responsabilidad civil.

### **3.1. Responsabilidad civil y consentimiento informado**

Sumado a lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que la responsabilidad civil es la obligación de responder por nuestros actos. Es necesario diferenciar dos aspectos en relación con el consentimiento informado.

El primero es que el profesional médico puede tener responsabilidad por no informar al paciente, por no otorgarle el consentimiento informado, independientemente de que haya obrado diligentemente en el tratamiento propuesto. En ese caso, respondería civilmente por el no otorgamiento de la información adecuada.

El segundo supuesto es aquel en el que el médico otorga la información adecuada al paciente, el paciente firma el consentimiento informado, pero el médico actúa con culpa o dolo. Aquí también responde por el daño causado.

Ahora bien, el consentimiento informado lo otorga el paciente al médico antes de recibir la información clara, precisa y adecuada respecto de su salud para que el paciente conozca y decida a qué tratamiento médico va a someterse (es posible que el médico le plantee una alternativa única para su dolencia o varias).

Teniendo el tiempo suficiente para reflexionar, el paciente deberá tomar una decisión: si firma el consentimiento o si no lo firma. Si lo hace, se responsabiliza de lo hecho, exteriorizando libremente su voluntad de aceptar el tratamiento propuesto por el galeno.

### **3.2. Casos en los que el médico responde y casos en los que no**

Si el paciente se niega a recibir información del médico, pero igualmente se somete al tratamiento médico propuesto por este, ello debe constar en la historia clínica y en el documento firmado por el paciente. De ese modo, expresa que no desea recibir información acerca de su salud y exonera de responsabilidad al médico tratante.

El médico responde cuando su conducta no es diligente, cuando actúa de modo contrario a lo que la *lex artis* médica le confiere. Es decir, cuando actúa de manera

contraria a como actuaría cualquier otro médico, en líneas generales, ante la misma situación.

En ese sentido, el profesional de la salud no responde si actuó diligentemente y se produjo alguna de las consecuencias no deseadas en la salud del paciente. Es decir, no responde si esta circunstancia fue advertida por el médico y el paciente se sometió igualmente al tratamiento médico, ya que asumió la responsabilidad al aceptar las consecuencias, aunque pudieran ocurrir las no deseadas.

Con referencia al paciente que no tiene una incapacidad, pero que está momentáneamente privado de la razón (por ejemplo, en estado de coma), “ante la inexistencia de representantes legales (puesto que no estamos ante un incapaz), la información deberán recibirla los parientes más cercanos al enfermo. A tal fin, se recomienda por una cuestión de practicidad que sea el familiar que se está encargando de él al momento de la atención médica quien la reciba, priorizando para ello los grados de parentesco (v. gr., el padre tendrá primacía en la decisión sobre un tío del paciente, si ambos se están ocupando de éste), y serán éstos quienes prestarán su consentimiento, evitándose de tal modo la necesidad de recurrir a una autorización judicial para llevar a cabo la práctica médica. Sin embargo, existen opiniones minoritarias que afirman que ante tales situaciones quien está en mejores condiciones para resolver es el médico, quien debe buscar la voluntad presunta del paciente. No compartimos esta última postura, ya que sólo puede tener arraigo y fundamento en una tradición paternalista ya abandonada en la ciencia médica en casi todos los países del mundo. Dicha solución únicamente podría tener cabida en los casos en los cuales no se pudiera obtener el consentimiento de ningún modo (ni del paciente ni de sus representantes legales y/o familiares) y existieran razones de urgencia que habiliten al médico a seguir los dictados de su conciencia”<sup>87</sup>.

Tal como se expuso anteriormente, la Ley 26.529 postula la obligatoriedad del consentimiento informado. A su vez, en su art. 9º, se exceptúa a los médicos de obtener dicho consentimiento, en los siguientes supuestos: “a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo. Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales éste no puede recabarse, y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo”<sup>88</sup>.

Debe agregarse que la renuncia al consentimiento informado efectuado por el paciente también constituye una excepción. Así, “resulta frecuente que un paciente no quiera que se le informe sobre su estado real de salud y mucho menos sobre los riesgos y beneficios de la práctica médica recomendada. Puede suceder, también, que éste no quiera tomar una decisión al respecto y delegue en el facultativo dicha tarea. De ocurrir cualquiera de estas circunstancias, es fundamental que el médico obtenga dicha renuncia

---

<sup>87</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 10.

<sup>88</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, pp.15 y 16.

del paciente por escrito, siempre y cuando el enfermo esté en condiciones de efectuarla de tal modo. De esta manera se estaría poniendo a salvo el derecho a la autodeterminación del paciente, quien decide libremente no ser informado. Si el enfermo no está en condiciones de instrumentar su renuncia, pero se encuentra en condiciones intelectuales de comprender y emitir su voluntad verbalmente en dicho sentido, es importante que el médico la reciba en presencia de testigos como recaudo probatorio frente a cualquier reclamo judicial posterior que se planteara. Sin embargo, debemos aclarar que cuando el paciente renuncia a su derecho a ser informado sobre su estado de salud, dicha renuncia no acarrea la del consentimiento al tratamiento al que deba sometérselo, si es que no renuncia también expresamente a ello. Caso contrario, el médico obtendría una 'patente de corso' o una autorización en blanco para llevar a cabo la práctica médica según su conveniencia, lo cual resulta inadmisibles, puesto que debe ajustar su conducta a los límites que el paciente le ha manifestado”<sup>89</sup>.

Entonces, el paciente puede no aceptar el tratamiento propuesto por el médico, y, en caso de aceptarlo, también puede luego abandonarlo. De esa manera, exime al médico de toda responsabilidad desde el momento en que lo dejó de tratar.

Como ya señalamos, la obligación del médico es de medios y no de resultado. El médico no puede garantizarle la vida, ni la curación, al paciente. Debe obrar prudente, diligente e idóneamente de acuerdo con su saber y entender, como la ciencia médica le indica.

Hipotéticamente hablando, un paciente que no tuvo la información suficiente y adecuada acerca de su afección, y que tuvo consecuencias indeseadas a causa del tratamiento o la intervención médica o quirúrgica aplicada a su persona, es posible que no hubiera aceptado someterse a ello. Por esta razón, es muy importante el consentimiento debidamente informado, en el que se le den al paciente todas las alternativas que la medicina tiene a su alcance. En este caso, el médico responde civilmente por los daños.

“Como corolario de lo expuesto, ante el notorio incremento en el número de demandas por responsabilidad civil, para evitar ser condenados por mala praxis los médicos comenzaron a actuar a la defensiva: como 'escudo protector', decidieron agotar los mecanismos de exploración y control (análisis clínicos, estudios de alta complejidad, etc.), antes de brindar un diagnóstico que pudiera comprometerlos jurídicamente. Esta modalidad de ejercicio de la medicina es un fenómeno global que tuvo su origen en EE.UU. en la década de 1960, y que provoca –entre otras consecuencias– el encarecimiento radical de los costos del servicio médico, pues los estudios son ordenados sin que resulte clara su necesidad”<sup>90</sup>.

Lamentablemente, en ocasiones hay pacientes que con mala fe, temeridad y malicia interponen demandas “dudosamente fundadas”, para obtener un aprovechamiento económico, basándose en algún “descuido” o práctica discutida de un médico, ya sea por acción o por omisión. De todas maneras, afortunadamente, consideramos que es la minoría de los casos.

---

<sup>89</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, pp. 16 y 17.

<sup>90</sup> Ubiría, Fernando A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ra. ed., 1ra. reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015, p. 522.

A modo de ejemplo, expondremos el caso “De Moura, Ana María y otros c/ García Morato Eduardo y otros s/ Daños y perjuicios”, de la Cámara Civil de Apelaciones. Aquí se observa hasta dónde llega la responsabilidad del médico: “1- Si bien resulta indiscutible el deber que tiene el médico de informar al paciente acerca de aquellos aspectos que sea de interés conocer en relación al estado de salud, el diagnóstico, la terapéutica a seguir, posibles consecuencias, etc., este deber tiene ciertos alcances, y en este orden de ideas, se ha señalado que en cuanto a las consecuencias del tratamiento, sólo habrán de informarse aquellos riesgos inherentes al mismo que razonablemente y de acuerdo a los conocimientos científicos se puedan prever –riesgos típicos– es decir, aquellos que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas. De este modo, quedan fuera del deber informativo las consecuencias o riesgos excepcionales atípicos. 2- Si el consentimiento quirúrgico firmado por el propio paciente que obra en la historia clínica es suficiente, por sus propios términos, para acreditar que el galeno le ha explicado claramente en qué consistía la intervención y las complicaciones teóricas propias de un procedimiento quirúrgico; pretender que ese deber de informar, además de realizarse frente al paciente, se extienda a familiares y amigos minutos antes de comenzar la práctica quirúrgica es, indudablemente, un exceso que no tiene justificación, pues lo importante es que el mismo interesado comprenda cuál es el procedimiento que se llevará sobre su cuerpo y cuáles las posibles consecuencias. 3- Para poder imputar responsabilidad al médico por falta del debido consentimiento informado, no solo es necesario acreditar este presupuesto de hecho, sino también que de haber conocido el paciente los riesgos que implicaba el procedimiento al que se sometía, no hubiese otorgado su consentimiento para esa práctica. 4- En cuanto a que el galeno debía saber que el síndrome mediastinal colocaba al paciente en el uno por ciento de riesgo de sufrir hemorragias, entre otras complicaciones, ello no puede implicar automáticamente una mala praxis de su parte, pues es de público y notorio que en materia médica -y más aún, en cualquier intervención que requiere anestesia total- pueden presentarse riesgos y complicaciones que no necesariamente guardan relación con la actuación del profesional, sino que se deben a contingencias propias de la naturaleza. En tal sentido la falta de éxito en la prestación del servicio profesional no necesariamente conduce a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que es dable requerir a quien se confía la vida de un hombre o su curación, máxime teniendo en cuenta que un tratamiento o intervención quirúrgica exitosa no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influido por factores ajenos a él, como lo son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia u otras circunstancias imposibles de controlar”<sup>91</sup>.

Otro caso ilustrativo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –“Quihillalt, Laura c/ Mires, Carlos Alfredo s/ Daños y perjuicios”– señala que, si el paciente hubiese tenido la información, habría tomado o no la decisión del procedimiento con relación a la prueba de la siguiente manera: “1- Si el paciente pretende que, de haber conocido la posibilidad del fracaso del tratamiento conservador y su consecuencia, la extracción y pérdida de la pieza dental, no hubiese dado su consentimiento para tal práctica, debe probarlo. 2- Aun en el supuesto de tenerse por acreditado que la información no se brindó o no se brindó del modo suficiente y que el paciente no hubiese decidido la operación en tales circunstancias, debe demostrarse que la incapacidad resultante es

---

<sup>91</sup> Cámara Civil. Sala M, “De Moura, Ana María y otros c/ García Morato Eduardo y otros s/ Daños y perjuicios”, Sumario N°16331 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°6/2005. L.396355.

mayor que la que hubiese sufrido de haber rehusado la vía elegida por el médico. Y será el juez en cada caso quien debe evaluar la credibilidad de la versión del paciente al afirmar que de haber sabido los riesgos u otros aspectos relacionados con el tratamiento o procedimiento y de habersele preguntado sobre su aplicación lo hubiese rechazado”<sup>92</sup>.

### **3.3. Alcance de los daños**

Al estar en juego la salud de un paciente, debe tenerse en cuenta que los daños pueden ser leves, graves o gravísimos. Asimismo, estos pueden ser reversibles o no, y dejar secuelas de por vida, invalidez total o parcial. Incluso pueden dar como resultado la muerte del paciente. Es importante destacar que en medicina cada cuerpo es único. Si bien existen estadísticas y pronósticos que no son menos importantes, en definitiva, la reacción que provoca un determinado medicamento o tratamiento en el cuerpo va a ser única para ese sujeto en particular. En consecuencia, concluimos en este punto que, tratándose de seres vivos, seres dinámicos, cada uno con una o varias enfermedades o dolencias combinadas, las reacciones pueden ser muy distintas. Sin perjuicio de ello, los médicos deben obrar diligentemente según lo que la ciencia médica les ha conferido.

En el punto 1.3.b. del presente trabajo, ya nos hemos referido al alcance del art. 1737 del CCyC respecto de los daños. Ahora mencionaremos el art. 1738 del CCyC, con relación a la indemnización: “La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

Existen dos tipos de daños. Por un lado, los daños patrimoniales consisten en la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima y comprenden el daño emergente y el lucro cesante. Por otro lado, los daños extrapatrimoniales son los que no pueden cuantificarse económicamente, pero pueden determinarse por otros parámetros que el juez merituará en el caso concreto. Ese daño es el llamado daño moral.

A continuación, haremos un análisis de la pérdida de chance, un daño que no indemniza el beneficio esperado, sino la probabilidad perdida.

### **3.4. La pérdida de chance**

La pérdida de chance frustra “... la probabilidad objetiva cierta –y no la mera posibilidad– de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, a condición de que esta probabilidad sea suficiente pero superando el grado de mera conjetura o hipótesis”<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Quihillalt, Laura c/ Mires, Carlos Alfredo s/ Daños y perjuicios”, 18/07/2002, L.115914.

<sup>93</sup>Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra.ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 490.

“La indemnización consiste en el valor de la posibilidad, por lo que la indemnización será necesariamente menor que el resarcimiento. Lo reparable no es el beneficio esperado sino la probabilidad perdida”<sup>94</sup>.

La pérdida de chance en la Argentina forma parte de uno de los daños llamados resarcibles. Concretamente, el artículo 1739 del CCyC establece los requisitos para que proceda la indemnización: “...debe existir perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador”.

En el hipotético caso de que un paciente no haya tenido la información adecuada, completa, cierta, y no haya prestado su consentimiento –por ejemplo, si le amputan una pierna cuando tiene muy altas probabilidades de ser curada con antibióticos, pierde evidentemente la chance de haber tenido su pierna sana–, claramente hay una responsabilidad profesional no solo de información, sino también de idoneidad en relación con la elección del tratamiento elegido.

“En el contexto normativo del nuevo Código, pensamos que la chance puede extenderse más allá de la probabilidad y comprender aquellos supuestos en los que se frustra una posibilidad razonable, que además se encuentra en adecuado nexo causal con el hecho que la interrumpe”<sup>95</sup>.

En nuestro ejemplo, obviamente hay una expectativa de posibilidad de algo. Por eso, cuando se toma un camino, se resigna otro. En este caso, el camino no tomado era el más beneficioso para el sujeto.

Para profundizar en las particularidades de la pérdida de chance, consideramos necesario destacar que la chance es la oportunidad o posibilidad de conseguir algo. Es decir, se trata de una expectativa que se tiene en torno a determinado acontecimiento futuro, hipotético. Al mismo, tiempo, no existe una lista tipificada de “ejemplos o modelos” de la pérdida de chance, sino que debe evaluarse cada caso en particular y debe acreditarse una adecuada relación causal con el hecho. Los requisitos del daño resarcible son la certeza, la personalidad y la subsistencia. Respecto del primer requisito, puede afirmarse: “1. La certeza o certidumbre del daño alude a su existencia, esto es que el daño debe ser real y efectivo por oposición a daño hipotético o conjetural, a mera posibilidad de acaecimiento. El daño es cierto aunque no sea liquidable al momento de su realización. Por otro lado no debe confundirse la certeza del daño con el daño futuro: el daño cierto puede ser presente o actual si ya se produjo, o futuro cuando se producirá segura o probablemente con posterioridad a la sentencia”.

A su vez, “...la personalidad del daño significa que se afecta un interés propio, directo o indirecto, individual o colectivo de la víctima que resulta titular del interés lesionado y que obtiene legitimación para demandar su reputación”.

Finalmente, “...el daño es subsistente si no desapareció, es decir si no se reparó al momento en que debería ser resarcido. Se mantiene vigente el daño si la propia víctima afrontó por sí (por ejemplo el damnificado que hizo reparar y pagó los gastos del auto

---

<sup>94</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra.ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 490.

<sup>95</sup> Werlen, Cristian O., “La pérdida de chance y el daño al proyecto de vida”, Buenos Aires, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, noviembre 2015, pp. 24 y 25.

chocado) o si lo hizo un tercero que puede subrogarse en sus derechos (...) Si el dañador o responsable no indemnizó el daño, queda subsistente porque no se le canceló y se mantiene con independencia de que la víctima o un tercero hubieran logrado el restablecimiento de la situación material al momento anterior al hecho lesivo”<sup>96</sup>.

En cuanto al concepto de daño, el CCyC, en su art. 1737, establece que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.

En nuestro ordenamiento jurídico, no hay reparación sin daño. La chance ciertamente es la pérdida de la oportunidad de lograr o tener algo verosímilmente, por ese motivo es resarcible.

Para resumir, podemos afirmar que la pérdida de chance se encuentra entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro. Como se trata de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos, no es posible saber si el afectado habría obtenido una ganancia o evitado una pérdida, de no haber mediado aquel. En otras palabras, para una persona, había posibilidades de obtener, o no, cierta ventaja, pero un hecho de un tercero le impidió tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades<sup>97</sup>.

De eso se trata: de la oportunidad perdida a causa de los hechos de un tercero.

“La incertidumbre respecto del eventual resultado de los acontecimientos no afecta la certeza de la pérdida de la chance, ya que ese álea en el desenlace de los hechos se erige en una de sus notas tipificantes, con lo que la pérdida de esa probabilidad u oportunidad será el daño resarcible”<sup>98</sup>.

El daño causado por el tercero debe ser cierto para que se considere como pérdida de chance. Además, debe guardar una relación de causa con el hecho que lo originó. Es decir, debe verificarse la causalidad del daño producido.

En ese sentido, se ha afirmado: “Siempre que la prestación médica conlleve probabilidades de fracaso incluso cuando se empleen los medios adecuados, circunstancia que, como sabemos, ocurre de corriente, el médico no responderá si incurre en mala praxis por la totalidad de los daños sufridos por el paciente, sino en la medida en que le ha privado de pérdidas de chance de curación, que se estimen

---

<sup>96</sup> Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra.ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 488 y 489.

<sup>97</sup> Hersalis, Marcelo J., “La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación”, *La Ley* 15/10/2020, 6 *RCyS* 2020-XII, 110 [en línea: <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2059/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017abf41ffd685a48910&docguid=iE80D22278091571DE0F59E02C91CAC52&hitguid=iE80D22278091571DE0F59E02C91CAC52&tocguid=&spos=4&epos=4&td=417&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=11&crumb-action=append&>, acceso: 19/07/2021], citando a Trigo Represas, Félix A., “Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis”, *LA LEY*, 1986-C, 34.

<sup>98</sup> Hersalis, Marcelo J., “La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación”, *La Ley* 15/10/2020, 6 *RCyS* 2020-XII, 110 [en línea: <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2059/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017abf41ffd685a48910&docguid=iE80D22278091571DE0F59E02C91CAC52&hitguid=iE80D22278091571DE0F59E02C91CAC52&tocguid=&spos=4&epos=4&td=417&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=11&crumb-action=append&>, acceso: 19/07/2021], citando a Trigo Represas, Félix A., “Pérdida de chance de curación y daño cierto, secuela de mala praxis”, *LA LEY*, 1986-C, 34.

aceptadas por la comunidad científica, cuando se administran los tratamientos acordes a la naturaleza de la patología o lesión. Esta noción permite, por un lado, reafirmar la responsabilidad del galeno, en la medida que su negligencia, imprudencia o impericia, haya mermado las chances de curación del paciente, incluso cuando el cuadro médico fuera de difícil resolución —y siempre que la posibilidad de curación no sea meramente conjetural—. Por otra parte, esta noción permite encuadrar correctamente la extensión de la responsabilidad del médico, quien pudo recibir un paciente en estado terminal y no correspondería, ni en derecho, ni en justicia que, por un error suyo, se le condene a indemnizar como si él hubiera iniciado ese proceso mórbido. La aplicación de estas ideas, en la práctica, requiere que los operadores jurídicos introduzcan al proceso las cuestiones estadísticas y valoraciones científicas sobre la tasa de probabilidad de éxito de los tratamientos que, supuestamente, se omitieron o mal ejecutaron, por culpa imputable al galeno”<sup>99</sup>.

Tal como se señaló anteriormente, en medicina existen estadísticas, como en tantas otras ciencias, pero lo cierto es que cada persona es única. Esto quiere decir que, si bien existen las estadísticas que nos muestran a modo general un porcentaje alto o bajo de determinada cosa, una persona puede formar parte, justamente, de ese porcentaje minoritario de la estadística. Por eso las generalizaciones no son lo más correcto en términos de pérdida de chance, sino que hay que evaluar cada caso en particular.

“La víctima debe acreditar cuál es la chance probable y cierta que perdió a partir de los daños sufridos, que se traduzca en la posibilidad de recibir una indemnización de forma independiente por ello. Es decir, debe detallar la chance perdida y estimar la cuantificación del daño. El actor, en dicho sentido, tiene la carga de aportar los elementos adecuados para demostrar, aunque solo sea de forma presunta y basada en el cálculo de probabilidades, la posibilidad concreta que hubiera tenido de lograr el resultado deseado. Por todo lo hasta aquí dicho, que la chance configura un daño resarcible, cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado y que puede ser valorada en sí misma; por lo tanto, podemos decir que la privación de las chances de curación consiste en la omisión de proveerle al paciente de las técnicas y procedimientos aceptados por la medicina, para elevar las probabilidades de detención y/o reversión del proceso mórbido, hasta los niveles de efectividad media constatados por la ciencia en un contexto histórico y geográfico determinado”<sup>100</sup>.

“A propósito de ello, Graziadei cita dos fallos de la Casación francesa que califica de históricos. En el primero (año 2007) –criticado por la doctrina– el tribunal consideró que no se había demostrado que el paciente, suficientemente informado del riesgo, habría rechazado la intervención y concluyó que el perjuicio reparable por la ausencia del deber de información tendiente a obtener el asentimiento del paciente consistía en la pérdida de la chance de evadir el riesgo que se había realizado efectivamente. En el restante (año 2010), en cambio, la Casación consideró que la violación de la obligación

---

<sup>99</sup> Nieto, Matías I., “Resarcimiento de la pérdida de chance de curación”, *LLNOA* 2018 (mayo), 3. *RCyS* 2018-VIII,53 [en línea: <https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2059/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017abf41ffd685a48910&docguid=i08756A6A3B1EC225F157D9B7BC0B6318&hitguid=i08756A6A3B1EC225F157D9B7BC0B6318&tocguid=&spos=11&epos=11&td=417&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=11&crumb-action=append&>, acceso: 19/07/2021].

<sup>100</sup> Hersalis, Marcelo J., “La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación”, *LA LEY* 15/10/2020, 6 - *RCyS* 2020-XII, 110. Cita: TR LALEY AR/DOC/3244/2020, pp. 4 y 5.

de informar al paciente y de obtener su asentimiento antes de realizar el tratamiento era idónea para infligir al paciente un daño moral que debía ser resarcido”<sup>101</sup>.

Cabe destacar que “el profesional de la salud actúa en forma antijurídica cuando transgrede lo pactado, pero también lo hace si infringe lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico, sea que ésta provenga del ámbito legislativo (por. ej., ley 26.529, de 2009; de Derechos del Paciente) o médico (por ej., Normas Técnicas y Administrativas para los Bancos de Sangre y Servicios de Transfusiones), una disposición de alcance general, o ante la violación del deber genérico de no dañar, que se evidencia con la producción de un daño injusto a un paciente”<sup>102</sup>.

“La determinación de esas chances y de la posible indemnización las deberá fijar el tribunal en función de las particularidades de la causa (contextos circunstanciales, situaciones subjetivas, tiempo, modo, lugar, etc.). Las variantes estadísticas pueden colaborar en esta fijación (porcentaje de personas que pueden lograr dicho beneficio eventual). Por ello, en general, la cuantificación se relaciona con un porcentaje de ese resultado probable. El juez debe justificar dicho porcentaje del beneficio probable; pero también debe valorar la cuantificación económica del beneficio en sí mismo. El hecho de ser un chance (y no una ganancia concretamente esperable) impone cierta flexibilización en el esquema probatorio. Las presunciones suelen tener una especial aplicación en estos casos. Deberán acreditarse sólidamente los hechos que justifican la probabilidad razonable y de allí procurar enfoques presuncionales. Pero si no se justifica adecuadamente la plataforma fáctica sobre la que se construye la chance (cualidades personales, aplicaciones a empleos, etc.), el razonamiento concreto que se derive como probable no podrá realizarse. Sin hechos que justifiquen la chance de un resultado no puede 'asumirse' ni si quiera como razonable una chance probable”<sup>103</sup>.

Entonces, podemos afirmar que el juez fijará un porcentaje de lo que se hubiera perdido o dejado de ganar, pero siempre teniendo en cuenta el caso en su conjunto.

Con respecto a la carga probatoria, así como en el consentimiento informado esta recae en el médico, en la pérdida de chance, el deber de probar lo tiene el paciente.

“No podemos desconocer que el cálculo del monto que habrá de determinarse por este concepto constituye una de las mayores problemáticas del instituto. Pero, tal como explica Sáenz, la chance perdida recae sobre la evitación de un perjuicio futuro. En consecuencia, mientras que, cuando se frustra la obtención de una ganancia la cuantificación de la pérdida de chance partirá del monto de ese beneficio pretendido, al perderse la oportunidad de evitar un perjuicio la valuación de la probabilidad estará determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. El monto

---

<sup>101</sup> Tobías, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY* 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY2019-F, 1012 - *RCyS* 2020-II, 3 - *DFyP* 2020 (febrero), 20/02/2020, 107. Cita Online: AR/DOC/3915/2019, p. 5.

<sup>102</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 6.

<sup>103</sup> Molina Sandoval, Carlos A., “Daño resarcible”, *RCyS* 2019-v. 22 [en línea: [62](https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2059/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017abf41ffd685a48910&docguid=iA4690DD376EA9CB45A18370F376DAEE7&hitguid=iA4690DD376EA9CB45A18370F376DAEE7&tocguid=&spos=10&epos=10&td=417&ao=i0ADFAB8AC74B1D1F81C755DFD042D199&searchFrom=&savedSearch=false&context=11&crumb-action=append&acceso: 19/07/2021] ].</a></p></div><div data-bbox=)

indemnizable de la chance perdida es directamente proporcional a cuánta chance se perdió por decirlo de alguna manera, es decir a mayor probabilidad de pérdida de chance, mayor será el monto indemnizable”<sup>104</sup>.

En un caso de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA, en el que se le amputó la mano a un niño de catorce meses a causa de una isquemia y una posterior necrosis por el obrar negligente de los profesionales del hospital Penna, se estableció que la amputación de la mano del niño disminuyó su potencial productivo, así como que el daño psicológico afectó a la madre.

En efecto, la reparación por pérdida de chance fue cuantificada en función de “la frustración de obtener la ventaja y no el daño en si del bien (en este caso la amputación de los dedos de la mano del menor), es decir el perjuicio, configurado por la frustración de obtener el beneficio, pero no el bien del cual la persona se ha visto privado”. La demandada debió indemnizar por gastos médicos, daño moral y daño estético. Además, se dispuso la reparación a favor de la madre del menor en concepto de daño psicológico y moral<sup>105</sup>.

### 3.5. Relación causal: factor subjetivo

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

No obstante, “...cuando el profesional de la salud omite informar –es decir, no cumple en absoluto con la prestación de información comprometida– se configura el incumplimiento total, y nace el factor de atribución objetivo proveniente de las obligaciones de resultado”<sup>106</sup>.

El consentimiento informado libera al médico de una eventual responsabilidad en cuanto a las consecuencias que su actuación merece, siempre y cuando haya obrado diligentemente.

Por otro lado, para hacer una valoración o evaluación en cuanto a la conducta del médico, debe tenerse en cuenta lo que habría hecho otro médico en las mismas circunstancias y condiciones, teniendo que asistir a un paciente en un caso semejante o similar.

---

<sup>104</sup> Jalil, Julián E., “La pérdida de la chance en el Código Civil y Comercial”, *RCyS* 2020-IX,23 [en línea:<https://bases.biblioteca.uca.edu.ar:2059/maf/app/document?&src=laley4&srguid=i0ad6adc50000017abf41ffd685a48910&docguid=i385d1660faac026265faeb8c554606a&hitguid=i385d1660faac026265faeb8c554606a&tocguid=&spos=5&epos=5&td=417&ao=i0adfab8ac74b1d1f81c755dfd042d199&searchrom=&savedsearch=false&context=11&crumb-action=append&>, acceso: 19/07/2021].

<sup>105</sup> Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III, “L., E. y otros c/ GCBA y otros s/responsabilidad médica”, 24/05/2019. Cita: *elDial.com* - AAB4D8. Publicado el 06/08/2019.

<sup>106</sup> Bianchi, Fiorella, “El deber de información. Una nueva mirada sobre la responsabilidad civil médica”, *Compendio Jurídico Erreiús. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, diciembre 2016, p. 37.

El paciente, en su condición prequirúrgica, asume la responsabilidad de decidir qué hacer frente a las alternativas que se le presentan. Por ejemplo, si existe la opción quirúrgica, si hay más de un método –el convencional y el método laparoscópico–, si existe o no otra posibilidad fuera de la cirugía. Si el paciente firmó un consentimiento informado, en caso de duda o conflicto, se verá si lo que se le informó en su oportunidad fue lo que fácticamente fue representado.

“Si bien normalmente, la responsabilidad de un médico por los daños sufridos por un paciente durante el curso de tratamientos por él administrados se basa en la negligencia y en la mala práctica, bajo la doctrina del consentimiento informado puede imputarse responsabilidad a un profesional de la salud solamente por haber actuado sin el consentimiento del enfermo o más allá del consentimiento dañando; o por haber omitido informar al paciente acerca de los riesgos del tratamiento a suministrar de manera tal que éste pudiera decidir someterse al mismo”<sup>107</sup>.

El médico responde por su negligencia, impericia o imprudencia y también por la falta en la obligación de otorgar el consentimiento informado.

Es decir, no se trata de que el tratamiento propuesto por el médico haya tenido éxito en la salud del paciente, sino de que el médico haya actuado debidamente, que le haya propuesto al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad, independientemente del éxito de este. El médico no puede garantizarle al paciente un resultado exitoso; como mucho, puede darle estadísticas de casos similares al suyo.

“Así, a la luz del CCyC, para los casos en los que la responsabilidad de los profesionales médicos se derive de un contrato deberá responder en caso de culpa de lo previsto al momento de su celebración –momento en el cual deben preverse expresamente las responsabilidades mediatas en caso de que se pretenda extender responsabilidad por ellas– o de aquello que pudo preverse, debiendo conjugarse en este aspecto la condición especial del agente que en materia de responsabilidad médica se trata de un profesional dotado de conocimientos científicos, de experiencia, y conocedor de la *lex artis* que hace que las consecuencias de sus actos puedan atribuírseles con mayor rigurosidad que a un profano en la materia (art. 1725 último párrafo nuevo C.C.C.). Cuando se contrata a un médico y éste sugiere un tratamiento, deberá prever las consecuencias que devienen del caso en concreto”<sup>108</sup>.

### **3.6. Eximición total de responsabilidad**

El art. 11 bis de la Ley 26.529 establece: “Ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”.

El profesional se libera de responsabilidad civil, penal y administrativa cuando obra en congruencia con la precitada ley, esto es, cuando obra diligentemente, según la *lex artis* le confiere.

---

<sup>107</sup> Highton, Elena I./Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991, p. 59.

<sup>108</sup> Viale, Renato, “Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *LLitoral* 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - *DFyP* 2015 (diciembre), 186. Cita: TR LALEY AR/DOC/2914/2015, p 6.

La dispensa de información opera cuando el paciente no quiere ser informado. En relación con ello, el Código Civil y Comercial, en su artículo 1720, se refiere al consentimiento del damnificado de la siguiente manera: “Sin perjuicio de disposiciones especiales el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”.

El damnificado puede admitir que se produzca un daño a sus bienes patrimoniales, pero para que opere lo mismo en los derechos personalísimos deben estar disponibles. Estos son los inherentes a la persona, son derechos subjetivos extrapatrimoniales que no pueden disponerse en forma absoluta; estos son el derecho a la vida, a la libertad, al honor, etc.

La disposición de los derechos personalísimos está consagrada en el art. 55 del CCy C: “El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”.

“Cuando la víctima consiente el daño sufrido, ello constituye una causal de justificación, y elimina toda nota de antijuridicidad, lo que conduce al rechazo de la pretensión indemnizatoria promovida por el damnificado. Esto es una consecuencia directa del principio de autodeterminación o autonomía personal que permite a cada persona adoptar en soledad las decisiones que hacen a su vida, con excepción de aquellas acciones que perjudican a terceros (art. 19 CN). En ejercicio de ese derecho, la víctima puede –en principio– aceptar voluntariamente ser dañada, y esa aceptación excluye –también en principio– la antijuridicidad del hecho o la omisión dañosa”<sup>109</sup>.

En este sentido, así como el paciente tiene el derecho a recibir la información completa, también tiene el derecho a querer no recibirla o a pedir que no se le informen determinados aspectos de ella. A esto se lo denomina “dispensa de información”, y consiste en la renuncia del paciente a recibir la información sanitaria<sup>110</sup>.

“Inclusive es importante señalar que, tanto el objetivo de la doctrina del consentimiento informado es el de permitir que los pacientes tomen sus propias decisiones, también se respeta su voluntad cuando las personas renuncian a este derecho. Es decir que si no lo desea, no se obliga al enfermo a recibir la información sobre su mal ni a decidir sobre el tratamiento, pues con ello no se lograría la autodeterminación sino todo lo contrario. De tal modo una verdadera renuncia está de acuerdo a los principios y valores que se promueven con el consentimiento informado ya que es el paciente quien en definitiva toma la decisión final en tal sentido. Así los enfermos pueden renunciar al derecho a la revelación sin renunciar a la facultad de decidir; o al derecho a decidir, manteniendo el interés en ser informados sobre los procedimientos a tomar; o pueden también abdicar a ambos, ratificando o no desear oír información ni querer decidir. Tal renuncia permite al paciente protegerse del impacto que el mismo cree que sobrevivirá al oír la revelación

---

<sup>109</sup> Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, INFOJUS, 2015, tomo 4, p. 423. Cita Online: <http://universojus.com/cc-comentado-infojus/interpretacion-art-1720>.

<sup>110</sup> Bianchi, Fiorella, “El deber de información. Una nueva mirada sobre la responsabilidad civil médica”, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, diciembre 2016, p. 38.

de su enfermedad o de la ansiedad que conlleva tomar una decisión tan crucial como la de someterse o no a una determinada práctica médica”<sup>111</sup>.

Muchas veces, los pacientes, por temor, inseguridad o cuestiones personales, deciden no recibir la información que el médico tratante tiene para brindarles acerca de su salud.

Esto, por supuesto, no es algo recomendable ni beneficioso para la salud: cuando una persona sabe lo que padece, sabe a qué se enfrenta, es decir, si no se conoce la enfermedad que se tiene, difícilmente pueda tomarse una decisión cabal y acertada para el bienestar. En definitiva, la decisión de no informarse forma parte de la negación del ser humano, es personal, que no debe juzgarse de ninguna manera. Cada cual tendrá sus razones para actuar de tal o cual forma.

Ello tiene consecuencias jurídicas relevantes, dado que libera al profesional actuante del deber de informar. Por consiguiente, si el paciente acepta de todos modos el tratamiento, se está sometiendo “a ciegas” a la absoluta discrecionalidad del médico. De este modo, no tiene participación, decisión ni dominio en el tratamiento propuesto.

En ese sentido, hay que tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico se basa en la autonomía de la voluntad y en la libre decisión de exteriorizar lo que realmente se quiere. Así, cada persona dispone de su cuerpo y tiene todo el derecho de decidir cuáles procedimientos o tratamientos serán adecuados para sí misma. Incluso puede optar por no recibir información.

En cuanto a los efectos jurídicos de esa decisión, se ha dicho que “...el médico no se eximirá de responsabilidad por haber consentido el paciente un acto culposo de su parte”<sup>112</sup>. El art. 1743 CCyC resulta aplicable a esta situación: “Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costumbres o leyes imperativas, o son abusivas...”.

“En cambio, la prestación adecuada y oportuna de información al enfermo y su consentimiento previo al evento dañoso podrán impedir que se responsabilice al profesional por la materialización de riesgos conocidos y asumidos por el interesado directo. Así, podrá liberarse el médico de la obligación de reparar los perjuicios derivados de una complicación previsible de una intervención quirúrgica necesaria, cuando fue debidamente advertida, habiéndose tomado todos los recaudos para evitar dicha complicación”<sup>113</sup>.

“Y también debiera tenerse en mente una aguda frase de un prestigioso doctrinario brasileño: 'La falibilidad humana es un dato que acompaña a cada persona. Así, ningún médico está libre de cometer errores de diagnóstico, de tratamiento, de indicaciones prescriptivas. Para evitar el peso de la responsabilidad, se encuentra en el dilema de

---

<sup>111</sup> Highton, Elena I./Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991, pp. 60 y 61.

<sup>112</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015.

<sup>113</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 7.

demostrar que diagnosticó de acuerdo con los síntomas objetiva o efectivamente verificados, llegando al resultado después de la realización de exámenes; o de probar que no era de esperar una reacción salvadora, en vista del tipo o del estadio de la dolencia. El médico no tiene prohibido errar. Ni siempre el error acarrea su responsabilidad. No puede, sin embargo, errar por culpa, esto es, por comodidad, por ligereza, por falta de estudio, por carencia de exámenes, por falta de preparación técnica, entre otros múltiples factores (...) No importa si el médico erró, pero, sí, si ese error viene acompañado por la culpa en la actuación del médico'. Para evaluar esa culpa médica debe emplearse la pauta de la *lex artis*; pero de la *lex artis* vigente al momento de la práctica galénica”<sup>114</sup>.

Un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones caratulado “Domínguez, Carlos Alberto c/ Zambrano, Jorge Ricardo S/ Responsabilidades médicas” sirve para ejemplificar cómo el médico se exime de responsabilidad. Se infiere del caso que son riesgos propios de la intervención efectuada: “1- La ausencia de la historia clínica –en la que puede o no haber constancias de la información suministrada al paciente y de su consentimiento– no puede obrar como presunción en contra del médico demandado, si no le correspondía a él su custodia y el fracaso de la prueba tendiente a incorporarla al juicio se debió a la quiebra que afectó al establecimiento en el cual aquél se desempeñaba. 2- El caso en el cual a través de una técnica operatoria se trata de paliar las consecuencias de una mutilación que reconoce su causa en un accidente laboral, no resulta asimilable al supuesto de una intervención quirúrgica gravemente mutilante, en el que el consentimiento por exigencia de la ley debe ser dado por escrito (art. 19 de la ley 17.132). 3- Aun demostrada la omisión de obtener el consentimiento sobre la base de una previa información adecuada a las circunstancias, si bien podría implicar una afrenta a la autonomía del paciente, ello no quiere decir que los médicos hayan causado daño, si la lesión no obedece a la culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio de la intervención efectuada”<sup>115</sup>.

### 3.7. Supuestos de vicios del consentimiento

Desde el paternalismo médico, se tiende a veces a tratar de influir en la decisión del paciente procurando muchas veces con buenas intenciones “lo mejor” para el paciente. Esto es contrario a la voluntad libre de la persona, por lo que su consentimiento si es que el paciente acepta el tratamiento, se vería viciado, esto es lo que hace nacer la responsabilidad del médico por tratar de “convencer” al paciente en forma intencional.

“Conforme enseña Savatier, el deber de informar o comunicar su situación al paciente, 'nace de la especial relación de confianza entre médico y paciente comprendiendo como contenido de la información de los extremos de la enfermedad –de manera que el enfermo pueda entenderlo–, un tratamiento y la peligrosidad del mismo, si la hubiere, así como la de una intervención quirúrgica'. Si no dispone de información suficiente y adecuada, la elección del paciente será a ciegas y podrá considerarse viciada, responsabilizando al médico. El médico no puede jugar a ser Dios, decidiendo *per se*

---

<sup>114</sup> López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 15/02/2016, 15/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1021. Cita: TR LALEY AR/DOC/377/2016, p. 2.

<sup>115</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, “Domínguez, Carlos Alberto c/ Zambrano, Jorge Ricardo S/ Responsabilidades médicas”, 06/06/2002, L.110360, Sumario N° 14961 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°25/2002.

qué riesgos hacer correr al paciente, qué datos suministrarle, cómo manipular su voluntad para que consienta prácticas innecesarias o nulas terapéuticamente, etc. (...) Si el médico suministrara al paciente información sustancialmente falsa, se configura un ilícito doloso. El dolo del facultativo vicia en tal caso el consentimiento prestado por el paciente, haciendo responsable al galeno de las consecuencias dañosas del acto médico, si se hallaren en relación causal adecuada con la reticencia (...) La medicina de la 'preferencia externa', es decir donde el médico "prefiere" por el paciente es hoy casi un sinónimo de mala praxis, salvo que la vida del paciente estuviera en juego y el mismo se hallare inconsciente o incapacitado”<sup>116</sup>.

Por lo tanto, el paciente solo podrá consentir libremente si está debidamente informado. Así, “de emitir su aceptación sin haber recibido una información completa, podría ello dar lugar a un consentimiento viciado, susceptible de ser impugnado con posterioridad por su emisor. Dicho deber que pesa sobre médico de informar al paciente acerca de las características del tratamiento o intervención, las posibilidades de curación y los riesgos que entraña, forma parte de los 'tratos, negociaciones o conversaciones preliminares' al contrato y constituye una obligación de resultado, puesto que no basta desplegar los medios para dar la información al paciente, sino que hay que cerciorarse de que ella alcanza su objetivo”<sup>117</sup>.

El caso “Río, Verónica Lorena c/ Vuoto Dowling s/ Ordinario”, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, es un indudable ejemplo de la excepción a la obligación de medios del médico. Concretamente, trata la obligación de resultados del médico: “1- Si la lesión que afectó el ojo de la actora se produjo en el transcurso de una cirugía estética con fines de embellecimiento en el caso una rinoplastía-, y no se ha acreditado que el médico hubiera empleado todos los medios a su alcance para no producir tan lamentable resultado, cabe concluir que ha existido negligencia en su accionar, es decir, ha incurrido en mala praxis profesional, aun cuando su conducta hubiere sido involuntaria. 2- Aun cuando la lesión que afectó a la actora en su ojo derecho durante el transcurso de una cirugía estética con fines de embellecimiento pudiera tratarse de un riesgo de la operación, el cirujano debió haber informado a su paciente del mismo, a fin de que ésta en conocimiento de él pudiera elegir libremente si lo asumía o no. Al no haber adoptado el profesional demandado esta conducta, faltó al deber de información el cual adquiere particular relevancia tratándose de esta clase de cirugías con fines de embellecimiento, en las cuales debe satisfacerse de una manera prolija y pormenorizada atendiendo a los fines cosméticos y no curativos del cometido. De ahí que, no puede hablarse de riesgo quirúrgico en una cirugía cosmética que se caracteriza por sus resultados”<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> López Mesa, Marcelo J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial” *LA LEY* 15/02/2016, 15/02/2016, 1 - *LA LEY* 2016-A, 1021. Cita: TR LALEY AR/DOC/377/2016, pp. 3 y 4.

<sup>117</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 2.

<sup>118</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, “Río, Verónica Lorena c/ Vuoto Dowling s/ Ordinario”, 19/09/03, L.130166, Sumario N°16191 de la base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°20/2004.

### 3.8. Supuestos de negligencia, dolo, mala praxis

Si un paciente se niega a un tratamiento médico y, en consecuencia, empeora o muere, la negativa de aquel es la mayor defensa que tiene un médico acusado de negligencia por no haber suministrado al paciente un tratamiento médico adecuado tendiente a curarlo o incluso a evitarle la muerte.

Por otro lado, en el caso de que un paciente se niegue a un tratamiento, el médico puede indagar por qué motivo el paciente toma esa decisión, y, sin llegar a presionarlo, observar si comprendió los términos, las consecuencias y los riesgos de los tratamientos propuestos, o si tiene algún inconveniente personal o de valores. Todo esto con la intención de ayudar al paciente, dado que los médicos priorizan que el paciente tenga el mejor estado de salud posible.

Cuando nos referimos a la negligencia, nos referimos a la falta de diligencia debida, a la falta de cuidado. En cambio, como ya mencionamos, el dolo trae aparejada la intención de dañar, implica indiferencia por el otro.

La mala praxis consiste en los actos médicos realizados con negligencia que producen en el paciente un daño. Ese daño debe ser indemnizado, resarcido. Además, debe haber una relación causal entre el hecho y el daño para que éste fuera resarcido.

Como bien señala Hooft, la autonomía y la integridad del paciente no son absolutos. Existen varias limitaciones. "...A) una es el derecho del médico como persona a su propia autonomía. B) cuando la acción podría causar graves daños definibles y directos a otra persona ... C) la excepción de emergencia"<sup>119</sup>.

"Más difíciles de valorar son todavía otras situaciones, como por ejemplo, el supuesto ya mencionado en que se le plantea al médico la ampliación de una intervención que aparece como necesaria, pero en ningún caso urgente. Aquí la cuestión es qué decisión habría que tomarse si se comprueba que el médico no previó dicha ampliación, pero era objetivamente previsible. La aplicación estricta de los criterios relativos al cuidado objetivamente debido en la imprudencia nos llevara en todo caso a la responsabilidad del facultativo si se decide a intervenir, como no cuenta con el consentimiento del paciente ni es una situación de necesidad, incurrirá en un atentado a la autonomía del paciente, que los tribunales han resuelto como un delito de lesiones –dolosas o imprudentes–; si se abstiene de la ampliación, al no haber diagnosticado ni previsto la nueva situación, es fácil que haya lesionado sus deberes de cuidado en relación con la *lex artis* y se haga responsable –por imprudencia– por la omisión cometida antes de la operación"<sup>120</sup>.

En ese caso, el médico debió haber previsto tal circunstancia, según lo indica la práctica médica y conforme a las reglas universalmente aceptadas para el ejercicio de la medicina, donde se establecen criterios generales en casos específicos. De ninguna manera el médico podrá excederse respecto de lo que el paciente manifestó a través de su consentimiento informado. Por ejemplo, el caso que se relata en el párrafo anterior no era en ningún caso urgente, y, como se dijo, se analizará si hubo o no imprudencia de parte del galeno.

---

<sup>119</sup> Hooft, Pedro F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis SA, 2005, p. 225.

<sup>120</sup> Romero Casabona, Carlos M., *Los problemas penales actuales en la biomedicina*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, tomo II, pp. 171 y 172.

Ante los avances de la tecnología, los tratamientos, los medicamentos y todo lo que hace a la medicina en su conjunto, para determinar la culpa o el dolo del médico, es importante considerar el momento en que se lleva a cabo cada tratamiento. En efecto, es posible que, en el momento en que se hace el reclamo, existan nuevos tratamientos o intervenciones más adecuadas, o que se fabriquen aparatos de diagnóstico que ofrezcan más precisión en los resultados –a partir de los cuales el médico podría haber tomado mejores o distintas decisiones–. Por ello es relevante tener en cuenta la situación vigente en aquel momento.

En relación con lo expuesto, en un fallo reciente, la Sala J de la Cámara Nacional de lo Civil dictaminó que hubo mala praxis en la atención médica de la hija de los actores, de diecinueve años, que terminó muriendo. La paciente ingresó con un cuadro de cefalea intensa. La atención por guardia resultó insuficiente, pues el síntoma persistía. Luego se la trasladó a otra institución para hacer una tomografía que se ordenó en forma tardía. En concreto, se determinó que hubo omisiones e inconsistencias en la historia clínica. Se solicitó la carga probatoria dinámica, ya que se consideró que los médicos están en mejores condiciones de ofrecer prueba. Finalmente, se resolvió que procedía la demanda contra el hospital, el médico y el GCBA, y se elevó el *quantum* indemnizatorio en un millón de pesos para cada uno de los accionantes.

Dado que no se estaba frente a una ciencia exacta, se evaluó la responsabilidad con base en una obligación de medios. Se tuvo presente la pérdida de posibilidad de curación (chance) por no habersele proporcionado a la paciente el tratamiento adecuado. La parte actora alegó el fundamento de la culpabilidad en un error de diagnóstico<sup>121</sup>.

### **3.9. Carga probatoria en materia de responsabilidad civil médica**

La carga probatoria determina quién tiene la obligación de ofrecer la prueba. En términos generales, en medicina, se dice que el médico está en mejores condiciones de probar por sus conocimientos, entre otras razones, porque estuvo presente en todo el proceso.

Sin perjuicio de ello, si el juez interviniente nota que el paciente está en mejores condiciones de ofrecer la prueba, puede distribuir la carga de la prueba. Así, de acuerdo con el art. 1735 del CCyC, el juez no está obligado a hacerlo, sino que, discrecionalmente, puede hacerlo, si lo considera más conveniente para el proceso.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula este tema en dos normas que establecen que la relación de causalidad corresponde a quien la alega (arts. 1734 y 1736). No obstante, paralelamente, en el art. 1735, se postula la “doctrina de las cargas probatorias dinámicas”<sup>122</sup>.

A continuación, para exponer con más claridad el tema, transcribiremos los artículos mencionados del Código Civil y Comercial argentino:

---

<sup>121</sup> Cámara Nacional de lo Civil, Sala J, “P. R. Y OTRO c/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS”, 12/07/2019. Cita: *elDial.com* - AAB5EC. Publicado el 06/09/2019.

<sup>122</sup> Kalejman, Mauricio, “La responsabilidad civil médica”, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, abril 2017.

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

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

“Artículo 1736.- Prueba de la relación de causalidad. La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la Ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”.

Con respecto al tema de los pacientes y el médico en las relaciones interhospitalarias en el servicio de guardia y en la urgencia, el Dr. Augusto M. Morello señala: “...la urgencia y la gravedad del episodio que lo convoca ha de actuar con veloces reflejos nada toscos ni tardíos, en donde el acierto del primer diagnóstico es decisivo, al igual que el inteligente uso del tiempo, que es por cierto, determinante para la suerte del paciente”<sup>123</sup>.

“Pensamos en atenciones menores, enfermos leves, de males fácilmente curables, en el médico 'de toda la vida', en el ámbito rural, y en situaciones similares propias de la vida, y llegaremos a la conclusión de que la división entre 'asentimiento verbal' y 'asentimiento por escrito firmado' tiene su razón de ser. Su explicación, que no es caprichosa ni orientada a favorecer la situación de los médicos, a aligerar los requisitos de su obrar. Empero un antiguo adagio, válido en el campo del Derecho, sostiene que 'a las palabras se las lleva el viento', que la demostración de un acuerdo verbal es harto problemática; que puede enfrentarse 'palabra contra palabra': tu dicho frente al mío. Y esa dificultad a la hora de demostrar que la información se dio en tiempo y en forma, y que el asentimiento se logró, luego de escucharla, puede perjudicar gravemente al médico cuando 'las cosas se complican’”<sup>124</sup>.

No hay que confundir confianza en “el médico de toda la vida” con la prolijidad en su trabajo. Además de tener una obligación legal, el médico debe hacer firmar el consentimiento al paciente, y este debe firmarlo si está de acuerdo con la práctica médica o con el tratamiento para su enfermedad.

Cuando el paciente firma el consentimiento informado que se le otorga por escrito, tiene una segunda explicación por escrito de lo que ya verbalmente le explicó el médico. En este sentido, el consentimiento informado no solamente sirve para la carga probatoria, sino para que el paciente vuelva a leer lo que ya escuchó, y, si del texto le surge alguna duda, deberá consultarlo con su médico para que decida si realmente va a consentir lo que se le informa.

Este es un aspecto importante, ya que, al quedar el procedimiento médico propuesto plasmado en un papel, además de ser útil para la carga probatoria, al paciente le queda claro, en líneas generales, el tratamiento propuesto.

---

<sup>123</sup> Morello, Augusto M., *Claves procesales*, Buenos Aires, Lajouane, 2007, p. 460.

<sup>124</sup> Mosset Iturraspe, Jorge/Piedecasas, Miguel A., *Derechos del paciente. Doctrina - Jurisprudencia*, 1era. ed., Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 68.

Cuando no exista el consentimiento informado positivo, en forma expresa, la prueba será más difícil de producir. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el paciente realizó una declaración de voluntad verbalmente o con signos inequívocos que dan a entender sus intenciones.

También cabe señalar que el silencio en los pacientes no significa que están de acuerdo en realizarse el tratamiento o práctica médica.

El consentimiento se da entre dos o más personas, forma el contrato. En cambio, “el asentimiento es la declaración de voluntad respecto de un acto jurídico ajeno, es decir, concluido por otro”<sup>125</sup>.

Lo importante es lo que el paciente realmente desea hacer con su cuerpo en función de la enfermedad que lo aqueja.

El Código Civil y Comercial sienta de ese modo la regla general según la cual le corresponde al actor la carga de probar los hechos constitutivos alegados al demandar, y al demandado, la carga de acreditar los hechos modificativos, impeditivos y extintivos invocados en su propio beneficio al responder.

Ahora bien, el art. 1735 del CCyC fija una excepción de suma importancia práctica en casos en que se impute responsabilidad civil a los médicos, al establecer que 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”. En ese sentido, se ha dicho que “se trata de la consagración legislativa en el cuerpo del CCyC de las cargas probatorias dinámicas, creación doctrinaria y jurisprudencial que durante la vigencia del Código Civil anterior ‘... nació para aligerar la ímproba tarea de producir “pruebas diabólicas” que, en ciertos supuestos, se hacía recaer, sin miramientos, sobre las espaldas de alguna de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba...’”<sup>126</sup>.

En la materia que nos ocupa, por regla, el paciente deberá probar la culpa médica, así como la relación de causalidad entre el daño y la conducta negligente del profesional. Probada la culpa, podrá presumirse la responsabilidad de los entes asistenciales, quienes deberán acreditar la causa ajena para eximirse.

Al efecto, el juez podrá aplicar el criterio de las cargas probatorias dinámicas, teniendo en cuenta las particularidades del caso y sin sujeción a posiciones apriorísticas y generalizadas. No siempre el experto estará en mejores condiciones de probar. “Así por ejemplo, un médico demandado al límite de la prescripción, con base en un alegado error diagnóstico cuya develación depende de estudios complementarios en poder del paciente y de documentación médica complementaria en poder de terceras instituciones, que tendrá el término de la contestación de la demanda para desplegar su posición

---

<sup>125</sup> Highton, Elena I./Wierzba, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991, p. 66.

<sup>126</sup> Viale, Renato, “Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *LLitoral* 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - *DFyP* 2015 (diciembre), 07/12/2015, 186. Cita: TR LALEY AR/DOC/2914/2015, pp. 4 y 5.

defensiva, podrá no estar en mejores condiciones de probar que su contradictor”<sup>127</sup>.

“Se nos ocurre que sigue resultando inconveniente la concreción del consentimiento informado en forma verbal del paciente, en los supuestos en que la ley lo admite. La dificultad probatoria en dichos casos sobrevendrá cuando dicha manifestación de voluntad así emitida no sea reconocida por la persona que la realizó, lo cual hará pesar sobre el facultativo la carga de probar su existencia por otros medios probatorios, como ser la prueba testimonial (ello, siempre y cuando hayan existido testigos al momento en que el enfermo expresó su voluntad y conformidad con el acto médico recomendado). Se considera que revisten el carácter de signos inequívocos del paciente que reflejan su conformidad con la práctica médica a la que se someterá, por ejemplo, si concurre a un instituto para realizarse con la preparación adecuada (v. gr., en ayunas, o habiendo ingerido líquido suficiente un tiempo antes de llevarse a cabo el estudio, etcétera), o, también, si concurre con una herida a un centro asistencial, debe entenderse que está consintiendo su curación”<sup>128</sup>.

“No obstante ello, si bien rige como regla general el principio de la libertad de formas para aquellos casos en los cuales la Ley de Derechos del Paciente no impone forma escrita, es muy importante instrumentarlo a los fines probatorios y, preferentemente, en la historia clínica del paciente”<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Wierzba, Sandra M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015, p. 11.

<sup>128</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 11.

<sup>129</sup> Calvo Costa, Carlos A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017, p. 15.

## CONCLUSIONES

A partir de los temas expuestos, podemos concluir que la responsabilidad civil es la que tiene el sujeto por la comisión de sus acciones o por sus omisiones. Si estas generan un daño, hay obligación de repararlo, es decir, de indemnizarlo.

Esto está reflejado en el principio de reserva art. 19 CN, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que esta no prohíbe. Hay un deber genérico de no dañar a otro. En consecuencia, si existe un daño, se genera un derecho a favor de la víctima y un deber de resarcimiento o reparación para el que cometió dicho daño.

Como se mencionó, la relación médico-paciente es asimétrica y está basada en la confianza. En otras palabras, el paciente deposita en el médico su confianza para que este, en virtud de sus conocimientos, lo cure o intente curarlo, haciendo lo que esté a su alcance para que el paciente tenga una mejor calidad de vida.

En cuanto a la asimetría del vínculo, corroboramos que el médico es el que tiene conocimientos respecto a la salud del paciente, y que este último es lego en la materia. Aun si el paciente fuera profesional de la salud, al no tener la especialidad del médico tratante, tampoco contaría con los conocimientos suficientes.

Tratamos, además, la responsabilidad médica en relación con el consentimiento informado. Vale decir, analizamos dos aspectos de este problema: por un lado, la responsabilidad del médico por haber o no dado la información al paciente; por el otro, la responsabilidad de su conducta, independientemente de haberle brindado la información correspondiente.

Así, si el médico omitió darle información clara, precisa y adecuada al paciente respecto de su estado de salud o de los tratamientos propuestos, responderá civilmente. Sucede lo mismo cuando la información brindada al paciente no ha sido adecuada.

A su vez, el médico debe obrar con diligencia según los conocimientos que le otorga la *lex artis* médica. Si obra con culpa –es decir, con negligencia, impericia o imprudencia– o con dolo –con la intención de causar un daño o con indiferencia frente a la posibilidad de causarlo–, el médico responde civilmente por haber lesionado un derecho o interés ajeno.

De lo antedicho puede deducirse que el médico se exime de responsabilidad civil cuando su obrar es diligente y cuando actúa con prudencia, conforme a los conocimientos que la ciencia médica le confiere y tal como actuaría cualquier otro profesional promedio en las mismas circunstancias.

Por otra parte, describimos los presupuestos de la responsabilidad civil: la antijuridicidad, la relación de causalidad y el factor de atribución. Advertimos que, sin estos, el daño no se configura, y sin daño no hay resarcimiento posible.

Como pudimos ver, el consentimiento informado es una declaración de voluntad del paciente luego de haber recibido, por parte del galeno, la información clara, precisa y adecuada respecto a su salud. Con base en lo que el médico comunica acerca de los riesgos, las consecuencias, los costos y beneficios, y las probabilidades de éxito de cura o mejoría, el paciente tomará una decisión.

Recién luego de recibir la información señalada, el paciente puede decidir tratarse o no, en función de la autonomía de la voluntad. Tal como se explicó, el paciente también puede negarse a recibir información o a tratarse, lo cual exonera de responsabilidad al médico que informó debidamente. Si, en cambio, el paciente decide tratarse parcialmente –es decir, abandonar el tratamiento en algún momento–, ello deberá constar por escrito en su historia clínica. En consecuencia, el médico responderá civilmente hasta el momento en que el paciente dejó de atenderse con él. La circunstancia de que el paciente se haya negado a recibir información también deberá constar en la historia clínica, y, en ese caso, el médico tampoco responderá, pues ello habría respetado la autonomía de la voluntad del paciente. De ahí que pueda verificarse la relación entre la responsabilidad civil y el consentimiento informado.

En referencia a la decisión del paciente, se estableció que esta se basa en el conocimiento de las prácticas médicas que se llevarán a cabo en su cuerpo. Asimismo, quedó planteada la obligatoriedad del consentimiento informado, impuesta por la ley para proteger al paciente, en razón de que se encuentra en inferioridad de condiciones.

Además, expresamos que, en una relación bilateral como la de los médicos y los pacientes, hay deberes, derechos y responsabilidades para las dos partes. Es decir, debe existir colaboración y compromiso recíprocos, así como buena fe por parte de ambos.

Con el consentimiento informado, el médico se resguarda frente a reclamos futuros (conforme al art. 11 bis de la Ley 26.529, ya mencionado). De ese modo, prueba fielmente que lo que le informó al paciente se llevó a cabo, y con eso se libera de la responsabilidad civil. Por el contrario, si lo que consintió el paciente, ya sea por escrito o verbalmente, no coincide con lo que el médico hizo, este último tendrá que asumir su responsabilidad civil.

A lo largo del presente trabajo, hemos podido ver también que existen excepciones a la regla, como los casos de incapacidad o de emergencias. Fuera de estos casos, la persona tiene derecho a tomar una decisión libre, voluntaria, consciente. Para ello, es menester que el paciente tenga toda la información precisa, adecuada y veraz aplicada a su caso en particular. Esto tiene relación directa con la dignidad de la persona y con su integridad psíquica, física y moral del paciente.

En suma, la información otorgada por el profesional es el elemento clave del consentimiento informado. Al mismo tiempo, este constituye la exteriorización de la voluntad del paciente, es decir, expresa la decisión libre de someterse a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos. Por último, por todas las razones presentadas, ese consentimiento será determinante para establecer la responsabilidad patrimonial de los médicos.

# BIBLIOGRAFÍA

## LIBROS

ANUNZIATO, LUIS, *El conflicto en la relación médico-paciente*, Buenos Aires, Ediciones Centro Norte, 2001.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997.

BORDA, GUILLERMO A., *Manual de obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, undécima edición actualizada, 2003.

BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 523.

EKMEKDJIAN MIGUEL Á., *Análisis pedagógico de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Depalma, 1996.

FALCÓN, ENRIQUE M., *Práctica de contratos*, 1ra. Ed.- Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, tomo II, 2012.

GARCÍA, FELIPE P. R., *Tratado de Medicina legal con complementación jurídica y aspectos ético-biomédicos*, Proa Editores, 2009, tomo VI, Libro XI.

HERRERA, MARISA/CARAMELO, GUSTAVO/PICASSO, SEBASTIÁN (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires, INFOJUS, 2015, tomo 4, p. 423. Cita Online: <http://universojus.com/cc-comentado-infojus/interpretacion-art-1720>.

HIGHTON, ELENA I./WIERZBA, SANDRA M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991.

HOOFT, PEDRO F., *Bioética, derecho y ciudadanía*, Bogotá, Temis SA, 2005.

LLAMAS POMBO, EUGENIO, *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, Madrid, La Ley, 2010.

LORENZETTI, RICARDO L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, 1ra.ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015, p. 310.

MONTANELLI, NORBERTO, *Responsabilidad criminal médica*, Buenos Aires, García Alonso, 2005.

MORELLO, AUGUSTO M., *Claves procesales*, Buenos Aires, Lajouane, 2007.

MOSSET ITURRASPE, JORGE/PIEDECASAS, MIGUEL A., *Derechos del paciente. Doctrina - Jurisprudencia*, 1era. ed., Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2011.

MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario panhispánico jurídico del español jurídico*, Madrid, Santillana, 2017, volumen I.

ROMERO CASABONA, CARLOS M., *Los problemas penales actuales en la biomedicina*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, tomo II.

UBIRÍA, FERNANDO A., *Derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 1ra. ed., 1ra. reimpresión, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2015.

ZANIER, JUSTO, *Consentimiento informado en la relación paciente-equipo de salud*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 1998.

## ARTÍCULOS

BASSET, ÚRSULA C., “Estudio sobre el consentimiento en el derecho civil: múltiples caras, una sola institución”, *LA LEY*, 01/07/2021, Cita: TR LALEY AR/DOC/1892/2021.

BIANCHI, FIORELLA, “El deber de información. Una nueva mirada sobre la responsabilidad civil médica”, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, diciembre 2016.

CALVO COSTA, CARLOS A., “El deber de información en la responsabilidad civil médica. El consentimiento informado”, *RCCyC* 2017 (junio), 12/06/2017, 71 - *DFyP* 2017 (septiembre), 06/09/2017, 219. Cita: TR LALEY AR/DOC/1248/2017.

DOMÍNGUEZ JARQUE, BELÉN, “La responsabilidad médica en las operaciones de estética”, *elDial.com* - DC223F, 24/11/2016.

FOSSACECA, CARLOS A. (h), “Aproximaciones a la responsabilidad civil médica en la Revolución Industrial 4.0”, *Prudentia Iuris*, N° 90, 2020.

GONZÁLEZ FREIRE, JUAN F., “La dispensa anticipada de la responsabilidad civil en el nuevo Código unificado. El consentimiento hacia las cláusulas abusivas y su posterior revisión judicial”, *elDial.com*, 25/04/2017. Cita: DC22E7.

HERSALIS, MARCELO J., “La praxis médica y la pérdida de la chance en materia de curación”, *LA LEY* 15/10/2020, 6 - *RCyS* 2020-XII, 110. Cita: TR LALEY AR/DOC/3244/2020.

KALEJMAN, MAURICIO, “La responsabilidad civil médica”, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, abril 2017.

- JALIL, JULIÁN E., “La pérdida de la chance en el Código Civil y Comercial”, *RCyS* 2020-IX, 23.
- LAFFERRIERE, JORGE N., “Entre el derecho a la vida y la autonomía de la voluntad. Comentario a la ley 26742”, en GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (dir.), *Muerte digna*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- LAFFERRIERE, JORGE N./MUÑIZ, CARLOS, “Directivas anticipadas en materia de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial”, *DFyP* 2015 (junio), 147. Cita Online: AR/DOC/1411/2015.
- LAFFERRIERE, JORGE N., “La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección”, *DFyP* 2017 (mayo), 207. Cita: TR LALEY AR/DOC/998/2017.
- LÓPEZ MESA, MARCELO J., “Los médicos y la información debida al paciente en el Código Civil y Comercial”, *LA LEY* 15/02/2016, 15/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1021. Cita: TR LALEY AR/DOC/377/2016.
- MENEGHINI, ROBERTO, “Responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial”, *elDial.com*, 02/12/2015. Cita: DC204F.MOLINA SANDOVAL, CARLOS A., “Daño resarcible”, *RCyS* 2019-v. 22.
- NIETO, MATÍAS I., “Resarcimiento de la pérdida de chance de curación”, *LLNOA* 2018 (mayo), 3. *RCyS* 2018-VIII, 53.
- PÉREZ DEL VISO, ADELA, “El derecho del paciente a todo informe relativo a su cuerpo y a la legibilidad de los documentos médicos”, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, febrero 2018.
- PIZARRO, RAMÓN D./VALLESPINOS, CARLOS G., *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, tomo 1, 1º edición, 2º reimpresión, 2006.
- TOBIÁS, JOSÉ W., “El consentimiento informado y sus límites”, *LA LEY* 16/12/2019, 16/12/2019, 1 - LA LEY2019-F, 1012 – *RCyS* 2020-II, 3 - *DFyP* 2020 (febrero), 20/02/2020, 107. Cita Online: AR/DOC/3915/2019.
- VIALE, RENATO, “Las modificaciones al régimen de responsabilidad civil médica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *LLLitoral* 2015 (octubre), 19/10/2015, 942 - *DFyP* 2015 (diciembre), 186. Cita: TR LALEY AR/DOC/2914/2015.
- WERLEN, CRISTIAN O., “La pérdida de chance y el daño al proyecto de vida”, Buenos Aires, *Compendio Jurídico Erreius. Errepar. Temas de Derecho Civil. Persona y Patrimonio*, noviembre 2015.
- WIERZBA, SANDRA M., “La responsabilidad médica en el nuevo Código Civil y Comercial”, *RCyS*, 2015-IX, 5. Cita: TR LALEY AR/DOC/2759/2015.

## **LEGISLACIÓN**

CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

LEY 26.529

LEY 17.132

DECRETO REGLAMENTARIO 1089/2012