



ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

LA MEDICALIZACIÓN DE LA VIDA Y LOS DOS CAMPOS DE LA MEDICINA

LA MEDICINA TERAPÉUTICA O HIPOCRÁTICA Y LA MEDICINA EMBELLECEDORA O PERFECTIVA: OBLIGACIONES DEL MÉDICO EN CADA UNA Y RESPONSABILIDADES CONSECUENTES¹

Por Marcelo J. López Mesa [1]

1. La medicalización de la vida

Hoy nuestra vida está medicalizada. La medicina interviene decisivamente en nuestra existencia, afecta nuestras decisiones y libertades desde el nacimiento hasta la muerte. A veces, como una fiel compañera; y otras, como un límite para nuestros derechos.

En estos días la medicina está omnipresente en nuestra cotidianeidad, a diferencia de lo que ocurría cuando las personas de nuestra generación nacieron y su criaron. La tecnificación intensiva de las últimas décadas, sumada a la caída de la cantidad de fieles que abrazan fervorosamente el catolicismo o el cristianismo y a la proliferación de agnósticos y ateos, produjo una suerte de medicalización de la vida humana[2], que se expresa en una precariedad espiritual y en un endiosamiento de la técnica y de la ciencia, pensando que éstas lo pueden todo y que cualquier medio debe ser admitido, para lograr un fin que se aspira obtener.

La medicalización se expresa, como un primer síntoma, en convertir situaciones que han sido consideradas normales, en cuadros patológicos y pretender resolver, mediante la medicina, circunstancias que son ajenas a ella, como problemas sociales, jurídicos, constitucionales, sanitarios, económicos, etc.[3].

Pero también la medicalización se plasma en la creencia de que todo, absolutamente todo, en la vida del individuo, puede ser resuelto por la Medicina; incluidos procesos como el envejecimiento, que se pretende retardar casi infinitamente, la vitalidad que se incentiva al

¹ Publicado en la "Revista Jurídica Internacional", Editorial IJ, Número 2, Fecha: 17-02-2021 - Cita: IJ-MVIII-14.

extremo, la juventud que desea perpetuarse, la imagen, que se intenta perfeccionar hasta extremos impensables y la muerte, que se busca evitar, prolongando la vida todo lo posible, al precio que sea y de la manera que se requiera.

Además, el manejo público de la información médica ha reducido el ámbito de privacidad e intimidad del individuo, en aras de evitar el contagio de ciertas enfermedades (SIDA, COVID-19), estableciéndose controles que restringen la libertad de los sujetos, así como mecanismos tendientes a su vigilancia y seguimiento, realización de exámenes obligatorios, etc. y la registración de ciertos datos en aplicaciones como Cuidarte y otros registros[4].

La respuesta del facultativo ante ciertos casos, sobre que no hay cura para esta enfermedad, antiguamente admitida sin reservas como una muestra de la falibilidad humana y de la resignación bíblica, es hoy tomada casi como una ocurrencia; ello, pues las personas no admiten que esto pueda ocurrir en realidad, lo que hace que ante una respuesta tal, busquen otras opiniones, otros profesionales e, incluso, otros países y tecnologías para afrontar su cuadro de salud quebrantada. La resignación cristiana ante lo inevitable goza hoy de una menor aceptación que antes, siendo considerada por muchos un signo de fatalismo inadmisibles para estos tiempos, siendo uno de los síntomas más claros de la medicalización, la idea de que ese saber todo lo puede y todo lo sabe. (El resaltado pertenece al autor).

Certeramente se ha dicho que la medicalización es un proceso continuo, que se alimenta a sí mismo “y crece de forma constante, facilitado por una situación en la que la sociedad va perdiendo toda capacidad de resolución y cualquier nivel de tolerancia. Su origen es multifactorial, existiendo diversas causas y actores implicados (sociedad, medios de comunicación, industria farmacéutica, políticos, gestores y profesionales sanitarios), jugando el sector sanitario un papel fundamental en dicho proceso. Los profesionales sanitarios son, a la vez, actores y víctimas de dicho proceso”[5].

Pero ¿cuáles son otras manifestaciones concretas de tal fenómeno contemporáneo? La Medicina establece, en primer lugar, si nacemos con vida o no. Si el feto no respira por sí mismo, aunque sea una vez, no será considerado un ser humano por el derecho vigente y la propia medicina, sino que será visto jurídicamente como una cosa, que no se inscribirá en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, ni tendrá un nombre, ni acta de defunción. Mal que les pese a muchos y a contramano de todas las declamaciones, la verdadera incoherencia que plasman los arts. 19 y 21 del Código Civil y Comercial, genera esta conclusión que acabamos de adelantar[6].

Si nacimos o no con vida se determina a través de una pericia médica, si el niño no muestra signos de vida, pues se presume que nace con vida (art. 21 CCC in fine). Pero, como presunción iuris tantum que es, puede ser revertida por prueba en contrario, con lo que se practicará la pericia respectiva y, según los términos de ésta, se determinará si el niño nació o no y si fue persona o nunca fue tal.

Luego, la ciencia médica determina por pruebas histológicas complejas la filiación de una persona, si la misma no se ha establecido al nacer, lo que implica que nada menos que la identidad de una persona queda deferido a determinaciones de la medicina, que solo un especialista puede descifrar.

También, a lo largo de toda nuestra existencia, la medicina está omnipresente, en la determinación de la capacidad. Es cierto que el nuevo Código y la Ley nacional de Salud Mental (Ley N° 26.657) han establecido controles de la determinación y persistencia de la incapacidad declarada y dos incisos del art. 31 CCC establecen, como reglas generales, que la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando ella se encuentre internada en un establecimiento asistencial (inc. a); y que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (inc. b).

Pero no es menos cierto que la medicina sigue ocupando un lugar central en la determinación de capacidad e incapacidad de las personas. Personalmente, en calidad de Juez de Cámara, he presenciado supuestos de hecho de evidente demencia de una persona, que no era declarada tal porque los informes médicos esgrimían causales que repugnaban al sentido común y que decían protegerla, manteniéndola en un estado de plena capacidad, cuando los desvaríos y alucinaciones de ese ser perturbado constaban hasta en escritos judiciales agregados a la causa.

En una ocasión, en un caso de insana de una profesional del derecho que fuera funcionaria judicial, contemplamos personalmente multitud de escritos que ella misma presentaba con su patrocinio, defendiendo su plena capacidad, cuando de esas presentaciones surgía la más acabada prueba de una profunda perturbación del espíritu, que plasmaba incluso una personalidad múltiple. Y los médicos dictaminaron que estaba con perfecta salud mental, cuando hasta sus familiares solicitan su interdicción, justamente para protegerla y evitar, por ejemplo, que pudiera seguir ejerciendo la abogacía y causando daños a otros y a sí misma. Y no había cuantiosos bienes en juego en ese caso, por lo que no cabía sospechar de ningún interés de su familia en perjudicarla.

El haber revisado múltiples certificados de salud mental y dictámenes correspectivos en los expedientes de insania que subían a la Cámara en el procedimiento de la consulta, nos hizo apreciar que muchas veces se expiden en términos crípticos, que no iluminan al juez debidamente sobre el real estado de la psique del paciente, sino que cumplen una especie de rito, obligando al juez a confiar en ellos a ojos cerrados o a pedir otra opinión, en los casos más graves de oscuridad de tales informes.

Más allá de su general abstracción, que hace que un mismo informe pudiera ser utilizado para varios casos, incluso disímiles entre sí, raramente tales experticias exhiben un aparato de cita bibliográfica que los respalde con datos científicos verificables en el caso puntual y los valide

objetivamente, siendo cuestión de fe y confianza en la persona del galeno firmante, conferirles efecto a los que ellos documenten.

Con base en ello, pensamos que el médico -en especial, el psiquiatra- tiene, aún en estos días, un enorme poder sobre las personas; sin duda un poder más importante que los jueces, porque puede determinar con el auxilio de teorías científicas -en algunos casos de dudoso sentido común- si una persona es capaz o no y, según ese encuadramiento, afectar profundamente su vida, para bien o para mal.

Por ello en un fallo que suscribimos en 2010 dejamos sentado que:

“la intervención de psiquiatras en asuntos de insania debe ser objeto de fiscalización bastante por los magistrados, pues los poderes de que éstos disponen empalidecen ante los del médico especialista en esta materia. Y la forma establecida por el legislador procesal provincial como el paradigma esencial en el tema, es la diversidad de opiniones de los profesionales de la salud mental”[7].

Y en otro fallo, en la disidencia que suscribiera, dejé sentada mi opinión sobre que los poderes que tiene el médico en la psiquiatría no los posee ningún juez republicano, porque permiten privar de libertad, infligir dolores, imponer terapias que alteran la personalidad o la deterioran, etc. Este poder no puede ser ejercido sin control o con meros controles formales, por lo que... se propugna la fiscalización de la actividad terapéutica, regímenes de habeas corpus e impugnativos de tratamientos y otras medidas que tienden a establecer reglamentación de control, pero de los terapeutas en su manejo del paciente... Las leyes reglamentan burocráticamente toda referencia al tratamiento de enfermos mentales, pero siempre desde la perspectiva del control...” Si ello no es así... el enfermo no cuenta, no tiene derechos, es un objeto bajo trato “peligrosístico”, puesto que el conjunto converge sobre un único aspecto: asegurar el encierro”. ... la intervención de psiquiatras en asuntos de insania debe ser fiscalizada suficientemente por los magistrados, pues los poderes de que éstos disponen empalidecen ante los del médico especialista en esta materia[8].

Y agregué luego que el juez que interviene en un procedimiento de incapacitación de una persona debe analizar antes de tomar la medida de interdicción, si ella se adecua a una serie de pautas: suficiencia, adecuación a su estado, necesidad e idoneidad... La evaluación de si la declaración de demencia reúne estas características a la luz de la situación del presunto insano debe ser hecha por el juez analizando la prueba técnica sobre la situación mental de la persona sometida al procedimiento, de conformidad con las reglamentaciones legales vigentes, pues de otro modo, el parecer del médico prevalecería sobre el del legislador y el del juez, encargados sucesivamente de establecer controles a su intervención y de hacerlos cumplir; tal prevalencia resulta inadmisibile[9].

Seguidamente indiqué que el procedimiento de declaración de demencia atañe al orden público y, como tal, el juez debe verificar de oficio que en él se cumplan escrupulosamente los recaudos legales. No alcanza con menos para cumplir la función tuitiva de los incapaces y dementes que les compete a los magistrados. Los insanos e incapaces no suelen tener multitudes de personas que los defiendan y a veces, incluso, están abandonados, con lo que la intervención tuitiva del juez debe ser una realidad antes que una quimera. Y en cuanto al procedimiento de consulta establecido ante la alzada en casos de demencia, él es la última salvaguarda de los derechos del presunto insano. Allende esta consulta no hay más que resignación y sufrimiento, si el declarado demente no lo fuera realmente. Por ende, agotar los recaudos para evitar casos de errores o colusiones en perjuicio de una persona reputada insana resulta esencial, tanto como es desechable la intervención rutinaria o displicente de quienes deben asegurar que se cumpla a su respecto el régimen legal protectorio[10].

La Ley argentina de Salud Mental, para limitar ese poder psiquiátrico, ha tomado una serie de medidas que, respecto de algunas de ellas, cabe calificar de ocurrencias o tentativas imperfectas, como la revisión obligatoria cada tres años de la declaración de incapacidad de una persona, que en la mayoría de casos de ciertos cuadros constituye una simple pérdida de tiempo y hasta un mecanismo para confundir y alarmar a pacientes que portan severas incapacidades.

Según versiones, ha habido casos de maridos o hijos que internaron a familiares indebidamente para quitarles sus bienes; ello sin duda debe evitarse. Pero, para prevenir alguno de estos casos, exponer a todos los insanos a una revisión obligatoria y automática cada tres años, es claramente una desproporción y un desatino. Debieran existir algunas pautas de qué casos ameritan estas revisiones periódicas y hasta establecer la revisión obligatoria a pedido de la propia persona incapacitada, su médico o algún familiar. Pero, de la manera en que se estableció la revisión, es más una complicación inútil, que un remedio verdadero para situaciones irregulares de internación.

Otra faceta de este fenómeno es el poder que aún hoy el médico conserva sobre las personas en base a su habilitación profesional y a la confianza y gratitud que genera en sus pacientes; cuanto más doloridas, asustados y quebrantada su salud, tanto más decisivo es ese poder. Las Leyes N° 26.529 y, especialmente, la N° 26742, han buscado poner límites al ejercicio paternalista de la medicina; cuando éramos niños, estábamos sometidos a dos paternalismos: al del padre, madre o abuelo y al del médico.

Cuando uno tenía una dolencia siendo menor de edad, no se le preguntaba qué quería hacer; ni el adulto que lo llevaba al médico, ni el médico le preguntaban su opinión; con suerte qué le dolía o qué comía. El médico lo revisaba y dictaminaba con aire doctoral qué afección tenía y qué había que hacer, en ocasiones usando diminutivos, para no alarmar al niño. Expresiones como consentimiento informado, rechazo al tratamiento, interconsulta, etc. eran desconocidas hasta muy avanzada la década de 1980 y, de ser pronunciadas, eran tomadas como una abierta afrenta contra el profesionalismo del médico.

En nuestros días, el art. 26 CCC in fine ha concedido a los menores de 16 años la mayoría de edad sanitaria, que hace que desde los dieciséis años sean considerados adultos en todas las decisiones atinentes a su cuerpo.

La idea fue tomada de la legislación española (Ley N° 41/2002), aunque se le quitaron todos los límites que en ella tenía[11], ampliándose al infinito la autonomía de los menores respecto de su propio cuerpo, transformándose lo que en la fuente era una autonomía relativa y limitada del menor, en una auténtica mayoría de edad sanitaria, libre de todo límite. Gracias a ella los menores de 16 y 17 años pueden decidir sin cortapisa alguna y sin requerir autorización o asentimiento ni a los padres, ni a los jueces, sobre todo y cualquier asunto atinente a su salud, inclusive prácticas irreversibles, o concernientes a su salud sexual y reproductiva[12], lo que constituye un exceso y un peligro, en los supuestos de decisiones más trascendentes y sobre todo en aquellas irreversibles.

La paradoja radica en que, pese a este extenso derecho que se les concediera, los padres son objetivamente responsables de los actos y hechos de sus hijos, hasta la mayoría de edad (art. 1754 CCC); y también responden objetivamente por los actos de tales menores, los titulares de establecimiento educativos a los que asistieran (art. 1767 CCC). Son dos claras manifestaciones de extremismo irrazonable y de incoherencia del nuevo Código.

Un paso más allá cabe recordar que, desde el siglo XIX y hasta avanzada la década de 1970, en los repertorios judiciales argentinos solo se encuentran cuatro casos de mala praxis médica. Todos asuntos delicados, en los cuales se habían cometidos errores o impericias muy serias e indubitables.

Luego todo cambió y comenzó a demandarse a los médicos por todo género de asuntos, incluso a hacerlos parte de reclamaciones amañadas y hasta de verdaderas aventuras judiciales, inclusive alguna que hemos neutralizado en una sentencia, con voto nuestro. Al presente tramitan en diversos tribunales, juzgados y cámaras argentinas de apelación entre 8 y 10 mil reclamos contra médicos, sanatorios y hospitales. Un porcentaje de casos son claramente procedentes; pero otros muchos constituyen meras tentativas de lucro, para medrar con un acuerdo rápido, a efectos de evitarle al médico y al sanatorio, un largo desgaste a su buen nombre y prestigio.

Y un síntoma -o un revulsivo, según se mire- de este proceso de reclamación creciente, lo constituyó la sanción de las Leyes N° 26.529, que establece los derechos del paciente, como el consentimiento informado, el derecho a negarse al tratamiento recomendado, etc. y su modificación -o radicalización- por Ley N° 26742. Ella fue aún más lejos y autorizó a los pacientes a negarse al tratamiento propuesto por el médico, sin dar razón alguna para ello. Los términos de esta última ley lindan peligrosamente con la eutanasia, en su versión pasiva, al menos.

Se ha intentado dejar atrás el paternalismo médico, que hacía que el galeno prefiriera por el paciente y actuase con prescindencia de su voluntad, sobre la base de que el enfermo era un ser que carecía de la aptitud necesaria para decidir sobre su cuerpo, dado su estado (la palabra enfermo adviene del latín *in firmus*, falta de firmeza). Pero, el cambio ha sido demasiado brusco y se ha pasado en muy poco tiempo a una medicina a la defensiva, en la que los médicos toman cuanto recaudo pueden, para prevenirse de futuros juicios de sus pacientes, incluso a costa de demorar el tratamiento y de encarecerlo, con estudios y constancias que no eran imprescindibles, y que se adoptan solo para cubrirse de eventuales reclamos futuros.

Como habrá podido apreciar un lector atento, a través de diversas manifestaciones se evidencia el criterio pendular de la legislación argentina, que ha llevado a conformar una normativa vigente que carece de un perfil definido y, más aún, de un pensamiento rector claro que la motorice.

La medicalización ha avanzado, antes de la pandemia, también en otro plano: el acometimiento de tratamientos y técnicas destinadas no a tratar una dolencia previa, sino a modificar el cuerpo de una persona, que no es un paciente sino un cliente y que solicita al médico una modificación para adaptar su cuerpo a un standard que ansía. Entran en esta categoría prácticas como la cirugía estética embellecedora, la adecuación genital al género autopercebido, la realización de una vasectomía, de una ligadura de trompas, la circuncisión, etc.

Otro episodio serio de medicalización lo ha mostrado la pandemia de COVID-19 y las medidas de tipo policíaco adoptadas en respuesta a ella, o bajo pretexto de ella, según se prefiera.

Tomando por único elemento de juicio a recomendaciones médicas de tipo sanitario, desde el 24 de marzo y hasta hace muy poco, se prohibió la circulación de todo ser que no figurara en una lista de personas esenciales. Es más, algunas ciudades y pueblos pusieron vallas o montículos de tierra en sus ingresos; se controlaban los servicios públicos de transporte y se abría expediente sancionatorio a toda persona que transitara sin ser esencial.

Se obligó a permanecer en una cuarentena estricta de 14 días a múltiples sujetos que pretendían entrar a otra provincia o al país desde el extranjero; se les practicaban hisopados, análisis de sangre, etc; algunas provincias aun no permiten ingresar a nadie, como las Provincias de Formosa y San Luis, de lejos las que instrumentaron las medidas sanitarias más estrictas. Otras provincias como Chubut, permitieron que un alto funcionario excediere reiteradamente sus cometidos, deteniendo personas y haciendo allanamientos, sin contar con una orden judicial, etc.

No se tenía recuerdo de una restricción de todo tipo de derechos constitucionales de esta magnitud, en democracia. Y todo para responder al pánico que detonó la pandemia y a las medidas médicas auspiciadas por un elenco de médicos epidemiólogos -curiosamente no

integrantes ni de la Academia Nacional de Medicina, ni de la de Ciencias en su inmensa mayoría, que asesoró al Presidente de la República, adoleciendo de una evidente ceguera política. Llegó a decirse alegremente que entre la salud pública y la economía se elegía la salud, como si se tratase de variables que no podían y debían compatibilizarse o armonizarse, en alguna medida aceptable.

Bajo el influjo de tan particular colectivo (“los epidemiólogos del Presidente”) se plasmó la cuarentena más larga del mundo, que provocó un desastre económico, la ruptura de la cadena de pagos, el masivo incumplimiento de obligaciones y contratos, la detención de personas y su procesamiento en algunos casos, la requisita de vehículos de quienes circulaban sin permiso en un comienzo, etc. Y, pese a todo ello, Argentina es uno de los países que peor ha sufrido los efectos de la pandemia, en relación con su tasa poblacional.

Este es, tal vez, el episodio de medicalización más preocupante, porque a los serios indicios de facticidad desbordada en el manejo de los poderes públicos, se sumó luego la declamada intención de algunos funcionarios de forzar a la población a que se inocule una vacuna, que generó enormes desconfianzas, dada la urgencia con que se la concibiera y la reducción de los plazos de prueba de la misma.

Y la reacción de buena parte de la población no tardó en llegar, oponiéndose a tal intención de vacunación compulsiva, más aún en vista del tenor de la Ley N° 27.573, sancionada el 29 de octubre de 2020 y publicada en el Boletín Oficial, del 6 de noviembre de 2020, que lejos de calmar los ánimos, disparó todas las alarmas, en especial dado el mal manejo informativo de su texto y alcances.

Esperamos que no suceda, pero creemos que, si se cometiese el error de forzar a la población a vacunarse, ya no se trataría de un supuesto de vacunación obligatoria -que básicamente significa la inscripción en el calendario de vacunas y la gratuidad de las que allí figuran, al menos como es entendido este concepto en Argentina- sino de vacunación compulsiva.

De tomarse la decisión equivocada en este tema y mover las cosas a extremismos peligrosos, ello implicaría llevar la medicalización de la vida al punto de prescindir de la voluntad de las personas, que podrían ser obligadas a inyectarse sustancias en las que no confían, y que en muchos casos aún están en un estado experimental y sobre las que no existe información fiable suficiente.

Incluso sería una incoherencia extrema que un gobierno que se ha manifestado pro aborto, sostenga la libertad de las madres respecto de las decisiones atinentes a su cuerpo, pero las obligue a vacunarse. No se puede estar en favor de la libertad a veces; la lucha por la libertad es completa o consiste en una especulación política ocasional.

Nos parece que si dos leyes vigentes (Leyes N° 26529 y N° 26742) autorizan a los pacientes a negarse a todo y cualquier tratamiento, incluso sin dar causa o razón para ello, no puede vacunarse compulsivamente a quienes no presten su consentimiento al efecto, pues ello implicaría contradecir la normativa vigente, además de vulnerar derechos humanos básicos.

Esperamos que la cordura prime y no se llegue a extremos inconvenientes, asegurando la vacuna contra el COVID-19 como un derecho para los que deseen obtenerla, pero no persiguiendo a los disidentes o espíritus libres o reflexivos que deseen decidir por sí, incluso a riesgo de equivocarse. Creemos que la razonabilidad y la mesura desaconsejan tensar la cuerda de la paz social a ese punto de quiebre.

Felizmente, por el momento hemos venido salvándonos de otro episodio de medicalización extrema que se ha dado en países europeos y en algunas naciones vecinas: que ante la carencia de respiradores y camas de terapia intensiva para atender a la cantidad de enfermos agudos de COVID-19, sean los médicos quienes decidan a quiénes se le adjudican esos bienes escasos y a quienes se les quitan, incluso si ya los tuvieran asignados. (El resaltado pertenece al autor).

Afortunadamente no se han vivido aquí -que sepamos- episodios gravísimos como el quite de un respirador a un anciano para asistir a alguien más joven, que provocó la muerte posterior del anciano, que se han conocido a través de la prensa o la televisión y que en Europa han sido decididas sobre la base de protocolos emitidos por los colegios profesionales, como el SIARTI.

Pero, si la pandemia escalara entre nosotros, las palabras edulcoradas y políticamente correctas darán paso a una práctica que ya se aplicó en España e Italia: crudamente explicada consiste en que una persona -médico o director de un establecimiento nosocomial-, elija a los pacientes cuya salud priorizar y, correlativamente a quiénes dejar a un costado del camino, a la buena de Dios.

La práctica consiste en tomar la decisión de asignar una cama y un respirador -de los pocos existentes y el personal sanitario correspondiente- a determinada persona y no a otra y hacerlo siguiendo ciertas pautas, tales como edad (los adultos mayores de setenta son dejados para el último lugar de la lista, por ejemplo); los inmunodeprimidos a la par de ellos o cerca; quienes muestren un deterioro significativo de alguna función, también son ubicados al final de la lista; y entre los que están en condiciones favorecidas para acceder a todos los medios con que el sistema cuenta, se establecen también prioridades: los médicos y agentes del sistema de salud, las fuerzas del orden, etc., tienen preferencia, para que vuelvan a ocuparse de los demás[13].

Pese a nuestra advertencia volcada en un artículo publicado en mayo de 2020[14], el Parlamento argentino, que se ha reunido reiteradamente desde que escribiéramos esas palabras, no ha sancionado una norma que establezca un protocolo y un orden de prioridad rector de cómo se asignarían esos recursos escasos, si no fueran suficientes para todos.

No nos parece dudoso que constituye otro episodio de medicalización, el dejar en manos de los profesionales de la salud determinar quién vive y quien muere, como si fuera un desastre natural incontrolable o un evento sacado de una película de cine catástrofe o apocalíptico.

Pensamos que, a la luz de la Constitución Nacional, un precedente de la Corte Suprema[15] y el paradigma que él recepta, cabría seriamente considerar que sólo el Parlamento nacional estaría autorizado para dictar válidamente normas generales y que fijaran pautas para asignar, en un marco de extrema necesidad, medios escasos a personas que se encuentren en determinadas circunstancias, sin caer con ello en una injusta discriminación.

Nos parece que está descartado en un país como el nuestro que si las sociedades médicas dictan este tipo de protocolos y sus pautas son seguidas por sus miembros, en asuntos tan extremos atinentes a elegir -al final del día- quién vive y quien muere, ellos puedan cobijarse en tales sugerencias para no ser perseguidos ya pasada la pandemia, civil y penalmente, por sus decisiones, que al evadir la aplicación del principio *prius in tempore, potior in jure* (arts. 845 y cc. CCC y su doctrina), echando mano a pautas no normativizadas, podría hacerles incurrir en actuaciones dolosas y responder ante las consecuencias de éstas (arts. 838 o 1724 in fine CCC, según el caso).

Alguien podría decir que sociedades como la SIARTI italiana han dictado normas que establecen estándares o pautas para sus afiliados en casos tales. Pero las corporaciones y sociedades profesionales tienen una historia milenaria en Europa, en algunos casos y su incidencia profesional y social y trayectoria es incomparable con las nuestras.

Quitarle el respirador a un anciano o minusválido que ya lo tenía, para dárselo a alguien más joven o más sano, a la luz del derecho argentino vigente expondría al médico que lo decida a una responsabilidad penal por actuación dolosa, sin normas que quiten antijuridicidad en ese caso concreto, dado que no se ha enmendado la legislación para contemplar este caso, pese a los largos meses transcurridos desde el inicio de la pandemia.

Otro episodio de medicalización es elegir al COVID-19 como patología prioritaria y casi excluyente a tratar, asignándole la totalidad o casi de los recursos existentes en el sistema sanitario público y privado.

Desde marzo a la fecha numerosas personas han muerto en la Argentina por falta de atención médica oportuna y adecuada; todo esfuerzo de importancia se ha dedicado a enfrentar el COVID-19, descuidando cualquier otra patología. Personalmente hemos visto guardias médicas de hospitales abandonadas por horas, con pacientes aguardando con cuadros como presión nerviosa, cólicos renales, problemas cardíacos, etc, que ameritaban atención inmediata.

Ha habido partos complicados y hasta bebés muertos por la dilación en la atención médica de todo lo que no fuera COVID-19. Y muchos diagnósticos de personas fallecidas o agravadas en su estado de salud durante esta pandemia muestran diagnósticos que son dudosos; ello, porque no se han hecho muchas autopsias ni estudios para facilitar diagnósticos de cuadros extra pandémicos, por lo que muchas causas de muerte se han etiquetado sin precisión, ni chequeo.

Cuando esta calamidad pase finalmente, habrá para esos casos dos escenarios posibles: la resignación cristiana o un festival de reclamaciones.

Claro que también, siendo honestos, debemos hacer un reconocimiento: los médicos y otros profesionales de la salud fueron quienes pusieron el cuerpo en la primera fila del combate contra la pandemia, mientras algunos poderes públicos se ponían a resguardo y descuidaban sus funciones, soslayando las importantes misiones que se les confiaran y anteponiendo su suerte a la de los demás seres. Muchos médicos y enfermeras han muerto en esa lucha, por lo que debe matizarse con este reconocimiento algunas manifestaciones de hechos ciertos, efectuadas en párrafos anteriores de este trabajo.

Por último, la medicalización de la existencia, muestra un episodio poco conocido, pero que afectó incluso la definición de muerte de nuestra ley vigente.

El Derecho trata de regular jurídicamente el problema de la finitud de la persona; claro que nunca va a lograrlo del todo. Es más, antes era mucho más fácil de aceptar la muerte, ya que se podía hacer contra ella mucho menos de lo que hoy se puede. La muerte era, hasta la década de 1980 aproximadamente, algo externo, inevitable, sobre la que no se podía hacer mucho, dadas las restricciones tecnológicas, médicas y económicas que existían por entonces. En ese marco, ante la muerte existía la resignación cristiana y el consuelo de que la familia del fallecido y los médicos “habían hecho todo lo que estaba en sus manos”, frase muy común por entonces.

La medicalización de la vida ha también afectado el propio concepto de muerte de la persona y hasta la perspectiva que se tiene del fenómeno del fin de la existencia, que ha dejado de ser un proceso natural, para en muchos casos pasar a ser una determinación médica, lo que ha provocado que el ser humano que nació para la muerte, con plena conciencia de ello, procure olvidarlo, alejando de su mente toda idea de fin, negándolo inconscientemente.

Como sea, la muerte ya no es un acontecimiento regido por normas o pautas religiosas, como era en tiempos de la entrada en vigencia del Código de Vélez. Diversos fenómenos han modificado la situación social, política, cultural, en que se enmarca el deceso o fallecimiento de una persona, lo que ha sacado este hecho biológico del territorio de las certezas absolutas, para colocarlo en el de las dudas lacerantes y los debates persistentes[16].

También se ha producido una suerte de flexibilización del proceso de muerte de una persona, en la legislación especial, Ley N° 26.742, que hasta negándolo admite la eutanasia pasiva[17], como que autoriza que una persona dicte directivas anticipadas ordenando que si cayese en tal o cual situación, no se le hidrate, ni se la alimente artificialmente, o no se le coloque respirador, etc. Este tipo de decisiones, antes alcanzadas por el orden público y vedadas por él, ahora han sido liberadas a la autonomía personal; algo impensable, hace solo dos décadas.

La determinación de la muerte de un ser humano se ha transformado en un episodio intenso de medicalización, a tenor de lo dispuesto por el art. 94 CCC, que edicta: “Comprobación de la muerte. La comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, aplicándose la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver”.

Esta norma erradica del Código más importante del derecho privado argentino la propia definición de muerte, la que reenvía a los estándares médicos aceptados, que tampoco se hallan en la llamada “Ley Justina” (Ley N° 27.447), sino en un protocolo anexo del INCUCAI, que muy pocas personas conocen y, muchas menos, manejan solventemente. Para peor, ese protocolo está elaborado en base a criterios médicos que atrasan cuatro décadas al menos. Hasta ese punto ha llegado la medicalización de la vida argentina: a que nadie sepa que lo pueden declarar muerto sin estarlo en verdad.

La vida que vivimos en estos días, así como la agenda pública de los argentinos ha provocado cambios profundos en nuestra vida. La muerte es un proceso, que culmina en un hecho biológico, pero que provoca importantes consecuencias jurídicas; a través de éste, cesa la actividad vital de una persona. Pero ha habido un cambio fundamental, desde el 1 de agosto de 2015: los criterios conforme se determina ella los fija ahora un protocolo médico, que los ciudadanos no conocen debidamente, lo que es preocupante.

Como la muerte es una experiencia individual, para la cual no todo el mundo se prepara, al advenir la proximidad de ésta, pueden dispararse estados psicológicos diversos, siendo los más comunes, una cierta serenidad y aceptación, acompañada de una gran lucidez, incluso mucho mayor a la que ese individuo tuvo en toda su vida y que solo explica la cercanía de la partida y el desapego que esa situación produce en algunas almas, normalmente las de quienes han vivido intensamente.

Otros, al temer la llegada de la muerte entran en un estado de angustia, ansiedad, suplican, ruegan por la aplicación de cuanto artilugio o tratamiento exista, con tal de prolongar lo que se pueda un estado que, para otros, significaría una agonía inenarrable. Están también los que quieren estirar la vida para reparar viejos errores o reencontrarse con afectos perdidos e irse en paz.

En suma, la muerte es una experiencia tan personal, que el ordenamiento jurídico argentino ha finalmente reconocido una gran dosis de autonomía personal frente a ella, como surge claramente de las diversas disposiciones de la Ley N° 26742. Claro que lo complejo es, una vez aceptado este margen de autonomía que concede una ley que los tribunales no han declarado inconstitucional -como es la norma modificatoria de la Ley de Derechos del Paciente-, tomar una decisión sobre la comprobación de la muerte de una persona.

Tradicionalmente se aguardaba a que el corazón dejara de latir y que la persona, por ende, no respirara; entonces se declaraba su muerte. Si se lee el certificado de defunción de miles de personas, que no han tenido una muerte violenta, se leerá como causa de ella a un “paro cardiorrespiratorio no traumático”. Es patente que la vida se detiene cuando el corazón y los pulmones fallan.

Pero una serie de situaciones hicieron adoptar recaudos comprobatorios por algunos episodios reales de catalepsia, que se descubrieron demasiado tarde, incluso años después de fallecida la persona, al encontrar evidencias dentro de su féretro de que la misma había sido enterrado viva y había tratado de salir desesperadamente de su encierro.

Luego la revolución médica que posibilitó cada vez un mayor número y complejidad de trasplantes, hasta llegar a la actual situación, donde podría hablarse de una explosión de trasplantes y la reducción de las antes interminables listas de espera, luego de la sanción de la Ley N° 27.447, volvió a interactuar con el tema de la muerte y, entonces, como aguardar a que la persona deje de respirar estropea en muchos casos la posibilidad de trasplantar sus órganos, se optó por nuevos criterios, como el de la muerte encefálica, que compatibilizaba la necesaria seguridad de que la persona donante no tenía ya posibilidad de sobrevivir autónomamente y que el desenlace era inevitable, con la salvaguarda de la posibilidad de trasplantar sus órganos[18].

Esta idea superadora surge de aceptar que la muerte es un proceso, un tránsito de varios pasos, en el que la muerte encefálica es el primer paso, luego sobreviene la pérdida de funciones vitales y, finalmente, se produce la interrupción del funcionamiento del corazón y los pulmones, por lo que el individuo deja de respirar. Esta nueva concepción de la muerte, también debería implicar una nueva concepción de la vida. La vida como disfrute, como plenitud, no como perduración o fatalidad.

Lo que se buscó fue determinar el instante en que, sin que el corazón y los pulmones se detengan, se llegue a un punto de no retorno, para evitar que se pierdan los órganos para trasplante; pero, a la vez, no se prive a la persona que está en proceso de muerte, de la posibilidad de despertarse. Esto requiere de precisión científica en la determinación del momento en que ha cesado toda posibilidad de vida autónoma de la persona, que haga innecesario prolongar su agonía y la de sus familiares, que aguardan un desenlace optimista, que ya no se producirá.

La aceptación de este nuevo paradigma de muerte requería algunas pautas científicamente aceptables, para evitar que fueran declaradas fallecidas, personas que pudieran luego despertar, como ocurrió en un estudio de la Universidad de Harvard con tres casos (de Vietnam, Tokio e Israel) de encefalograma plano durante un lapso de tres minutos, que llamativamente después de un tiempo despertaron y siguieron viviendo con cierta normalidad[19].

Esto encendió las alarmas médicas, demostrando que era vital encontrar criterios científicamente sustentables que impidieran errores de diagnóstico de muerte, que podrían terminar prematuramente con la vida de personas que podían aun recuperarse de una determinada afección. Y, paralelamente, criterios que impidiesen que, al socaire de las demandas de trasplantes, se terminase dando por muertas a personas que conservaran posibilidades de salir del coma.

También se requiere de una precisa determinación de la muerte para evitar el florecimiento del mercado negro de órganos, que llevase a sacrificar a quienes tuviesen órganos de histología compleja o difícil de encontrar, para abastecer a personas ricas, capaces de abonar cualquier suma a cambio. Ello, porque solo los cándidos creen que la bondad es un buen resguardo contra la malicia.

La Ley Justina declama la prohibición de la venta de órganos y dice tomar resguardos para evitarla; pero quedan dudas más que razonables sobre algunas de sus determinaciones que, desde el punto de vista técnico, no son tan solventes como se postula. Por caso el protocolo que aplica el INCUCAI sigue el criterio clásico; mientras, los nuevos criterios médicos para establecer la muerte de la persona, en vez del electroencefalograma plano durante tres minutos, exigían la prueba de la ausencia de circulación de sangre en el encéfalo.

Nueve centros hospitalarios de primer nivel del mundo desarrollaron entre 1971 y 1972 un protocolo científico de determinación de la muerte, que luego se ha ido perfeccionando en detalles, y que se aplica desde hace décadas sin inconvenientes en los países del Norte; el problema radica en que ese no es el criterio que recoge la ley de trasplantes que remite en su art. 37 a los protocolos del INCUCAI:

“Art. 37.- Los criterios diagnósticos clínicos, los períodos de observación y las pruebas diagnósticas que se requiera de acuerdo a las circunstancias médicas, para la determinación del cese de las funciones encefálicas, se deben ajustar al protocolo establecido por el Ministerio de Salud de la Nación con el asesoramiento del INCUCAI...”.

Peor aún, la norma vigente hasta la entrada en vigencia de la Ley Justina (la Ley N° 24.193 y su art. 23), receptaba un criterio médico cuestionado internacionalmente, como pauta de determinación de la muerte.

Cuadra dejar sentado que las determinaciones clínicas o neurológicas o criterios rectores que se tomaban en cuenta por la anterior ley de trasplantes, son médicamente no concluyentes, dado que al menos en tres casos documentados han existido individuos que estaban en esa condición y tiempo después se recuperaron[20].

En cuanto a la actual ley de trasplantes, nos parece que una cuestión de esta trascendencia no puede ser resuelta con el reenvío a un protocolo administrativo del INCUCAI, sino que las pautas para declarar muerta a una persona, más aún en un esquema de muerte con consentimiento presunto de donación de piezas anatómicas, debe extremar los recaudos para evitar la utilización del sistema para lucrar con él o para desnaturalizarlo en favor de criterios particulares de quien dirige el INCUCAI, y sin escrutinio ciudadano o judicial alguno.

Se nos dirá que los casos de recuperación de personas con electroencefalograma plano son excepcionales; ello puede ser así efectivamente, pero nos parece que el fantasma de que se mate médicamente a una persona aún viva en el afán de preservar sus órganos para trasplante es lo suficientemente alarmante como para tomar medidas preventivas; y, a efectos de evitar juicios futuros y dolores de todo tipo, debieran complementarse las cuatro pautas que se toman tradicionalmente en cuenta con la comprobación de la falta de circulación sanguínea en el encéfalo, que es la posición médica más moderna sobre comprobación de la muerte; ello, para así despejar dudas y evitar conmociones futuras, en algunos casos de determinación de la muerte para trasplante.

Por otra parte, ya ha habido alguna seria dificultad. El art. 94 CCC fue puesto en ese sitio para resolver un problema grave, que ya se presentó en el pasado y que podía volver a presentarse, cual es que los jueces no tomaran en cuenta para la determinación de la muerte, los criterios de la ley de trasplantes, sino el concepto de muerte del código de fondo, en su momento el Código Civil. Y así, un fallo mendocino de 2010 resolvió que

“el concepto de muerte, a los fines de los tipos penales que tutelan la vida humana, no debe extraerse de la ley de trasplantes, sino del art. 103 del Código Civil, por ende, el criterio a tener en cuenta es el de la muerte real, y no el de la muerte cerebral”[21].

Se trató de un caso en que un albañil ingresó con su novia a la obra en que trabajaba y, al parecer a consecuencia de la manipulación imprudente de un arma de fuego, esa persona efectuó un disparo que impactó en la cabeza de la novia, a la cual posteriormente trasladó al hospital. Luego se diagnosticó su muerte cerebral, después de encontrarse un tiempo en estado vegetativo, obteniendo los galenos el consentimiento de los familiares de la víctima para desconectar el respirador artificial al cual ella se encontraba conectada, y realizar una intervención de ablación de órganos.

El problema radicó en que el tribunal mendocino interviniente entendió que la persona que fue ablacionada no estaba muerta, al momento de la ablación, por lo que solo condenó a Oscar Ahumada Núñez, como autor penalmente responsable del delito de lesiones gravísimas culposas a la vez que consideró que la muerte de la víctima se produjo por la conducta de los médicos del INCUCAI cuando realizaron la ablación de órganos y que dicha conducta constituye un homicidio doloso, justificado por la finalidad de salvar vidas[22].

Este precedente puso en vilo a la comunidad médica relacionada con los trasplantes, prevención que ha sido dejada de lado por la sanción de la Ley Justina, aunque de un modo jurídicamente reprobable y generador de gran inseguridad. Si las personas supieran en la Argentina la verdadera situación, es dudoso que estuvieran de acuerdo en conceder un poder tan intenso a los médicos, como el de determinar su muerte, sin pautas claras establecidas en la ley vigente, que abjura de su importante misión, reenviando a un protocolo administrativo.

Creemos que, con la vista puesta en el precedente “Ahumada Núñez”, el art. 94 CCC no definió los criterios de comprobación de la muerte, remitiendo a la ley de trasplantes. Claro, esa ley vigente a la fecha de sanción del nuevo Código era la Ley N° 24.193, que definía las pautas de declaración de muerte, según criterios médicos cuestionados por la medicina de avanzada en los países serios.

Pero la situación actual es aún más precaria: el art. 94 CCC establece que la comprobación de la muerte queda sujeta a los estándares médicos aceptados, los que no define ni indica aceptados por quién, ni obrantes en qué protocolo, en su primera parte. Y luego la norma afirma que se aplica la legislación especial en el caso de ablación de órganos del cadáver, con lo cual remite implícitamente ahora a la Ley N° 27.447, que sustituyó a la anterior; pero, a diferencia de ella, no define los criterios de comprobación de la muerte de las personas y sí en cambio remite a los protocolos del INCUCAI.

Parece ser una seria inadvertencia del legislador que dictó la Ley Justina, haber dejado vigente esta doble remisión, en blanco la primera y a un protocolo administrativo la segunda, con lo que los criterios de declaración del fallecimiento de una persona no están claros al presente, ni se sabe cuál sería la fuente de objetividad que los establece, con lo que la cuestión del fin de la vida humana queda hoy flotando en una suerte de limbo, lo que es especialmente peligroso en medio de una pandemia, como estamos atravesando con motivo del COVID-19.

La fragilidad técnica de la redacción de las normas del nuevo Código y de las leyes posteriores se pone de relieve en esta temática, una vez más, desafortunadamente.

Nos parece indudable que:

“en estos casos en que derecho y medicina deben actuar conjuntamente es necesario que el derecho no cuestione las conclusiones científicas y las recepte en confianza del criterio médico-científico y la medicina debe poder tener un marco de actuación ordenado y que pueda brindar seguridad jurídica” [23].

Pero el derecho no puede remitir en blanco y estar a los criterios de un protocolo administrativo, que no se conoce debidamente, para determinar un hecho jurídico fundamental, como es la muerte de una persona. Este laberinto debe ser eliminado de nuestra ley vigente en cuanto se pueda, modificando el art. 94 CCC y el art. 37 de la Ley N° 27.447 y dándoles la precisión que hoy no tienen, en beneficio de la seguridad jurídica y de la tranquilidad de los médicos que realizan ablaciones, de los familiares de los que han sido o serán sometidos a ellas y de la comunidad en general[24].

2. La medicina de estos días

Ha podido verse de lo expuesto hasta aquí que la medicina está presente en todos los actos de la vida humana; ella está omnipresente, algunos la consideran omnisciente sin serlo y, en ocasiones, invade otras áreas y saberes, determinando el pensamiento, los criterios y las decisiones de millones de personas.

Por supuesto que una intervención tan amplia en la vida de millones de seres, con gestos y actos médicos en numerosos instantes de la vida humana, no podría sino generar una extensa responsabilidad civil. Lógica pura: una medicalización de la vida, lleva a aparejada antes o después una judicialización de la medicina, al buscar en los tribunales refugio para sus reclamos quienes han sufrido un daño serio o perdido un familiar, a consecuencia de lo que consideran un error médico serio o un acto de impericia.

El crecimiento exponencial de la responsabilidad civil médica en los últimos lustros se verá pronto ante la encrucijada de saber si se agiganta, para responder a las prácticas y omisiones relacionada con la pandemia o si una suerte de manto de piedad, cae sobre lo actuado por los galenos en este período tan diferente de todo lo conocido hasta estos días. Lo dicho hasta aquí impele, acicatea, a conocer con mayor profundidad la medicina de estos días, vista la fundamental incidencia que ella tiene en nuestra vida cotidiana.

Pero no vamos a enfocar la prestación médica en la pandemia, porque ya lo hemos hecho en el art. citado supra. Nos concentraremos en analizar la medicina que teníamos delante al llegar la pandemia. Se trata de una ciencia muy diferente a aquella que imperaba décadas atrás en nuestro país. La calma, el reposo, la espera del tiempo de curación, la confianza en los consejos médicos, han desaparecido.

Las bacterias, los virus, los gérmenes, las infecciones son cada vez más virulentas y, ello ha motivado, paralelamente, la necesidad de una mayor tecnificación y especialización de los operadores del sistema de salud.

Hoy la medicina presenta una mayor tecnificación, pero también una alta deshumanización. La lucha contra la enfermedad está jalonada por una serie de hitos o episodios, algunos son grandes batallas -como una intervención quirúrgica, la amputación de un miembro, la reparación de una fractura expuesta, la receta de un importante tratamiento medicamentoso de larga duración, etc.- y otras son meros episodios o escaramuzas -como el suministro de un antigripal o la prescripción de una dieta para superar un problema estomacal-; pero todos ellos jurídicamente se denominan actos médicos, gestos médicos en la terminología galénica[25].

El acto médico es realizado únicamente por un profesional de la medicina, habilitado reglamentariamente para hacerlo, en el desempeño de su profesión y en beneficio de un paciente. Un acto con finalidad curativa, pero realizado por quien no es un profesional de la Medicina, habilitado para ejercerla, configura un delito, el de ejercicio ilegal de la Medicina, muchas veces en concurso con el delito de usurpación de títulos y honores, penados por el Código Penal y la Ley N° 17.132.

Los cambios socio-culturales, y económicos han provocado que la relación entre el médico y el paciente se vuelva cada vez más anónima, al punto que hoy muchos profesionales son fungibles, es decir pueden ser reemplazados por otro de la misma especie, sin mengua del cumplimiento de su función. Antes, se acostumbraba tener un médico de cabecera en quien se confiaba sin titubeos, y, aun cuando pudiera incurrir en errores, nadie pensaría en la posibilidad de demandarlo judicialmente por mala praxis. Hoy en día, no es frecuente esta relación cercana con un médico en particular, sino que, en general, las personas acuden a un médico clínico o un especialista que le pone a disposición la obra social o el sanatorio, dentro de una cartilla, que es un verdadero catálogo de desconocidos.

La medicina se ha vuelto un negocio que mueve grandes caudales, pero éstos no van directamente a los profesionales (lamentablemente la profesión médica es una de las peor remuneradas en nuestro país, cuando se ejercer en forma dependiente), sino que -en gran medida- son absorbidos por las clínicas privadas, centros médicos o sanatorios que acaparan una gran cantidad de galenos, cobrando un importante porcentaje por cada práctica médica. Esta realidad hace que los profesionales de la salud deban aumentar cada vez más el número de consultas, pacientes atendidos diariamente y la duración de las guardias que realizan, con el lógico riesgo que ello implica, de cometer errores.

Para analizar la responsabilidad de esta clase de profesionales, debemos comenzar definiendo el acto médico, que, cuando no es desarrollado conforme a las reglas de la ciencia médica y causa un daño, genera responsabilidad. Precisaremos seguidamente que acto médico es toda y cualquier acción que el galeno acomete y toda disposición que este tome, en el ejercicio de su

profesión, en el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico de una enfermedad, así como aquellos que se deriven directamente de los primeros.

Así se ha dicho que:

“el acto médico, en el cual se concreta la relación médico-paciente, es una forma especial de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud, a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo a sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente. A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente”[26].

El acto médico puede -y de hecho muchas veces suele- engendrar supuestos de responsabilidad profesional; esta última es la obligación que tienen los galenos de reparar las consecuencias de sus actos, omisiones y errores dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión, cuando un accionar o gesto médico, sea terapéutico o quirúrgico, cause un daño en el cuerpo o en la salud de un paciente. Esto es, justamente, lo que se conoce como mala praxis.

La mala praxis es la omisión por parte del profesional médico, al prestar los servicios y atenciones a que está obligado en su relación profesional con el paciente, de las diligencias que su título y habilidades presuponen, si de ello resulta un perjuicio al cliente o paciente.

Cuando el accionar del médico es dañoso y produce daño no justificado, relacionado causalmente en forma adecuada con el gesto médico, el daño puede surgir por dos cursos causales diferentes:

a) por omisión: el galeno incumple el deber de cuidado a que está obligado y con ello le ocasiona un daño al paciente: por ej. un examen clínico incompleto, lleva a un mal diagnóstico y éste a una carencia de tratamiento, que le hace perder meses de tiempo al paciente, lo que llevan a amputarle una pierna al final; o

b) por comisión: efectuar un acto antijurídico, prohibido por la norma, como una operación experimental de altísimo riesgo, que no era indispensable.

La gran cuestión a dilucidar, que generó ciertas controversias en la doctrina y que hoy se encuentran superadas, es si la responsabilidad de estos profesionales es subjetiva u objetiva. La respuesta hoy es unánime: la responsabilidad de los profesionales de la salud es, por regla, subjetiva. Así lo establece de manera expresa el art. 1768 CCCN. Por lo tanto, sólo responderá -de ordinario- cuando el daño derivado de su conducta (acto u omisión) haya sido causado por culpa, impericia, imprudencia, negligencia o inobservancia de normas, protocolos internos y reglamentos.

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

El médico no se compromete a curar, sino a intentar curar. Por ello, se ha dicho que:

“toda actividad médica conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios. La propia complejidad del organismo humano y la inevitable influencia de agentes externos a la misma actividad médica hacen de esa incertidumbre elemento consustancial a la medicina. Resulta evidente que, aunque la intención del médico sea curar al enfermo, a lo único que puede comprometerse es a utilizar todos los medios de que intelectualmente disponga y todos los instrumentos que resulten adecuados para el logro de esa curación”[27].

En tal situación, el médico contrae -excepto supuestos especiales- una obligación de medios consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del paciente, y aunque no está comprometido a curar al enfermo, en cambio, sí lo está a poner en juego una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar su curación.

La obligación de medios del médico comprende:

- 1) la utilización de todos los elementos que conozca la ciencia médica, de acuerdo con las circunstancias y estado de salud de un paciente concreto;
- 2) la información al paciente o a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos de su cuadro;
- 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta o la atención de su dolor y evolución, si su situación no tuviera curación y
- 4) el cumplimiento de la obligación de seguridad, que conlleva diversos deberes conexos, como no exponer al paciente a riesgos innecesarios o desproporcionados con el fin buscado.

“El médico cumple con su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en la fase de diagnóstico, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles a un profesional o especialista normal. Y cumple aun cuando el paciente no cure, pues este resultado, la curación, es el fin de la prestación médica pero no entra en el contenido de su obligación. De

modo y manera que la diligencia del deudor consiste en la prestación de una asistencia conforme a la *lex artis*, la cual se encamina a obtener el resultado útil de la curación del paciente, condición necesaria pero no siempre suficiente para obtener el resultado útil que, en definitiva, integra el interés del acreedor” [28].

Compartimos una idea de Eugenio Llamas Pombo sobre que:

“...no se debe concebir una idea demasiado simplista de las obligaciones del médico como de medios. Los tratamientos ofrecidos por un famoso especialista difieren de los que ofrece un médico hospitalario o un médico de cabecera. Los medios de que disponen unos y otros no son los mismos. Por esta razón, la doctrina nota que la distinción obligaciones de medios-obligaciones de resultado admite ulteriores subdivisiones y que a menudo en la actividad que despliega el médico se entrecruzan obligaciones de uno y otro tipo” [29].

Si bien la regla la constituye la obligación solidaria de esta clase de profesionales, el mismo art. 1768 CCCN dispone que, excepcionalmente, su responsabilidad será objetiva cuando se haya comprometido un resultado concreto o utilizado una cosa viciosa (no riesgosa). Este último supuesto no presenta mayor complejidad: cuando el daño causado deriva de los vicios de una cosa de la que el galeno se ha valido para desplegar su actividad (vgr. un bisturí eléctrico que por un desperfecto provoca una quemadura en la piel del paciente), responderá de manera objetiva, es decir que se libera a la víctima de probar su culpa o dolo.

El primer supuesto (cuando se hubiera comprometido a un resultado) resulta más complejo y ha llevado a parte de la doctrina a entender que, cuando se trata de la llamada medicina “embellecedora”, donde el profesional realiza intervenciones de naturaleza estética, se compromete a un resultado, por lo que su responsabilidad es objetiva. Igual criterio se ha planteado respecto de la responsabilidad de un anestésico, por ejemplo, ya que pareciera que se obliga a lograr un resultado concreto, como es anestesiarse al paciente. Se trata de criterios para nada pacíficos en la doctrina y jurisprudencia, por lo que deberá estarse a las circunstancias de cada caso concreto.

A su vez, yendo más allá de lo dispuesto en el referido art. 1768 CCC, resulta objetiva la responsabilidad del Jefe de un equipo médico por los hechos de sus dependientes (en este caso, el resto del equipo), de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1753 CCCN. De cualquier manera, se deberá acreditar la culpa o dolo del dependiente, y recién allí podría endilgarsele responsabilidad al principal, la cual sí será objetiva. Finalmente, es también objetiva la responsabilidad solidaria de los miembros de un equipo médico por los daños causados por un miembro no identificado de él (art. 1761 CCCN).

De cualquier manera, cabe destacar que la mala praxis no es el único supuesto de responsabilidad médica. La responsabilidad civil del galeno ha quedado identificada en el imaginario popular como un caso de mala praxis, como si se tratara de nociones interdefinibles y el caso es que, en la actualidad, no todo supuesto de responsabilidad médica involucra un

problema de mala praxis; puede tratarse perfectamente de un caso de defecto informativo, de violación del deber de secreto, de falta de consentimiento informado, etc. (véase Ley N° 26.529 de Derechos del Paciente y su modificatoria, Ley N° 26.742). De modo que identificar mala praxis con responsabilidad civil médica constituye actualmente una simplificación inconveniente, en la que no debe caerse.

La mala praxis implica un ejercicio imperito o inidóneo de una actividad, en este caso médica. Normalmente, esa inidoneidad o impericia se traduce, en el ámbito jurídico, en la carencia de diligencia (art. 1725 CCCN), que se plasma en la toma de decisiones inapropiadas a la naturaleza de la prestación debida o inoportunas, lo que hace que el contenido de la praxis no sea conforme o compatible con la obligación asumida por el médico, sino que exhiba un déficit en su actuación, sea por acción u omisión. A veces se cuestiona la práctica en sí, su necesidad, pertinencia, si ella era imprescindible o conveniente; otras, la forma de acometer una práctica que en sí hubiera sido correcta o, al menos, no descartable de plano. Por último, otras veces, lo que se cuestiona es el tiempo en que la praxis se realizó, reputándola prematura o, en la mayor parte de los casos, tardía.

No cabe olvidar que “cuanto antes se comienza con los tratamientos indicados mayor es el beneficio para el paciente, ya que, de no actuarse rápida y correctamente, se disminuye la eficacia de los mismos y los daños pueden ser mayores”[30].

En conclusión, no hay una sola modalidad de mala praxis, sino varias y diversas; y serán las circunstancias del caso las que generen un supuesto tal.

Lo que configura la mala praxis es el obrar desajustado a un deber jurídico emanado de una norma legal o en el deber general de no dañar o a una obligación basada en una estipulación contractual previa. Se trata de un caso de antijuridicidad que, al concretarse en un daño en adecuada relación causal con una conducta culpable o negligente amerita un juicio de reproche, lo que da nacimiento a un supuesto de responsabilidad civil.

Pero, la mala praxis profesional -en general- y médica, en particular, no constituye más que un capítulo de la responsabilidad civil en general, quizás uno de los más importantes en la actualidad, pero que responde a los mismos principios de ésta. Por lo tanto, para que exista un daño resarcible deben hacerse presentes los mismos cuatro presupuestos de cualquier caso de responsabilidad, que hemos analizado a lo largo de esta obra.

De ello deriva que la mirada que los jueces deben poner en estas cuestiones no difiere (salvo especiales cuestiones y conceptos) de la que empeñan -o debieran empeñar- al juzgar otras causas de responsabilidad, no debiendo colocarse de antemano ni en contra ni a favor de los galenos, ni presumir su culpa ni su pericia, sin analizar a fondo las probanzas de ellas que existan en la causa.

Y deben distinguir las dos clases de medicina que existen al presente, así como las dos responsabilidades civiles de diverso sesgo, al que ellas pueden dar origen.

La línea divisoria entre ellas está trazada por la imprescindibilidad de la práctica o, más fácilmente, su necesidad terapéutica, que es el elemento axial, que permite distinguir dos campos diversos dentro de la medicina:

a) el de la medicina terapéutica o curativa; y

b) el de la medicina perfectiva, satisfactiva o embellecedora.

3. La necesidad terapéutica y sus efectos sobre la obligación del médico

La necesidad terapéutica es la exigencia de realizar determinada práctica para mantener la vida, integridad física o buena salud del paciente. Y suele ella definirse por la negativa, cuando en caso de no realizarse esa práctica la vida del paciente podría perderse o perder éste una función o ver notoriamente agravado su estado de salud, entonces existía necesidad terapéutica de realizar tal práctica.

La necesidad terapéutica bonifica el acto médico. Cuando la hay, el médico asume obligaciones de medios, dado que juega allí su obligación deontológica y legal de preservar la salud e integridad de la víctima.

En estos términos parece expresarse el último párrafo del art. 59 CCC:

“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”.

De esta norma se extraen algunos interesantes corolarios:

a) 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.

b) Si la situación no es urgente o la práctica médica no fuera terapéutica, además de urgente, no podrían ninguno de los legitimados alternos prestar consentimiento válido por otro a una práctica no terapéutica (art. 59 CCC in fine, a contrario sensu).

c) En ausencia de todo legitimado alterno para prestar el consentimiento informado, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

d) De ello se sigue que la necesidad terapéutica y la urgencia bonifican el acto médico, como venimos sosteniendo desde hace años en diversas obras nuestras y artículos publicados en revistas. Ahora lo dice expresamente el in fine del art. 59 CCC, con lo que ya no queda duda alguna.

e) Ergo, ni la falta de información ni la de consentimiento tienen efectos automáticos ni necesariamente están ellas en relación causal adecuada con todo el daño experimentado por el paciente.

f) El criterio contrario significa un extravío de alguna parte de la doctrina y magistratura y se debe a una especie de moda que asigna a la información o, mejor dicho, a su falta, una suerte de efecto mágico creador de responsabilidad civil.

g) Pero en verdad la falta de información suficiente o incluso de consentimiento no genera por sí sola y en forma automática la responsabilidad del médico.

h) La doctrina del consentimiento informado tiene su fundamento en el respeto por la libertad del paciente, quien cuenta con el derecho a decidir sobre su propio cuerpo. Obvio es que, para tomar esa decisión con discernimiento, intención y libertad, el paciente -o, en su caso, su representante o algún familiar- debe estar, cuanto menos, adecuada y suficientemente informado sobre la naturaleza, los alcances, la necesidad, la utilidad o beneficio y los riesgos del tratamiento o práctica médica a realizar, como asimismo sobre la existencia de medios alternativos al propuesto[31].

i) Es más, así como el mero consentimiento informado no basta para legitimar toda intervención quirúrgica, siendo posible que el médico se torne responsable, aun contando con autorización del paciente, si el mismo fuera inválido o ineficaz[32]; por lógica consecuencia, su falta tampoco compromete automáticamente o en forma inexorable la responsabilidad del médico, aun cuando deja a éste en una posición delicada[33].

Echa de verse así que la necesidad terapéutica bonifica la actuación del médico y puede hacerlo irresponsable aún en supuestos en que no ha obtenido los resultados prometidos, siempre que su actuación haya sido diligente.

Como dijimos en un voto, la urgencia de salvar la vida del paciente quita antijuridicidad al hecho de no haber informado a éste de su estado y no haberle solicitado el consentimiento[34].

Y agregamos allí con cita de GARCÍA GARNICA que:

“cuando la intervención se haya realizado sin contar con el consentimiento del paciente por razones de urgencia vital, así como cuando los riesgos de la intervención no sean superiores a los de las posibles alternativas terapéuticas o los de la no intervención, o quepa afirmar con una probabilidad rayana en la certeza que el paciente se habría sometido a la intervención si hubiera mediado la información, no cabrá imputar al facultativo responsabilidad por el resultado dañoso del acto médico correctamente ejecutado”[35].

De la recta interpretación del art. 59 CCC y a la luz de nuestro voto ya citado, queda claro entonces que:

a) la falta de información al paciente, al igual que la ausencia de consentimiento informado, no tornan automáticamente responsable al profesional médico por cualquier daño que sufra o alegue el paciente; ello, pues debe acreditarse en el caso la existencia de relación de causalidad adecuada entre la conducta del profesional y el daño reclamado (arts. 1736 y 1726 CCC).

b) La falta de información o la ausencia de consentimiento no genera per se responsabilidad civil; cuando la falta de información o de solicitud de consentimiento privan al paciente de la posibilidad efectiva de optar por otro tratamiento o de negarse a un tratamiento que no era imprescindible, entonces, tales ausencias comprometen la responsabilidad civil del profesional que no informó.

c) Falta de información y responsabilidad automática del médico son conceptos que no van de la mano[36]. Lo propio ocurre con la falta de consentimiento del paciente.

d) Ello, por varias razones: en primer lugar, puede presentarse otra causal de legitimación de la actuación del médico que no sea el consentimiento del paciente, y dicha causal justificativa quitarle antijuridicidad al daño causado por el acto médico. Y, obviamente, sin actuación antijurídica del médico, no puede quedar comprometida su responsabilidad, mal que les pese a los partidarios de la “ideología de la reparación”, que han pretendido minar este requisito y hasta hacerlo desaparecer del Código[37].

e) Pueden haber existido causas de urgencia, que impidieron brindar la información al paciente y solicitarle su consentimiento, al estar en riesgo inminente su vida. Bien se ha expuesto que el “deber de información ... sólo puede obviarse cuando la urgencia de la intervención del facultativo sea tal que no permita perder unos minutos en esta información previa para salvar una vida...”[38].

f) Como dije en otro voto, el consentimiento informado no es un acto mágico, que justifique cualquier prestación médica[39].

La urgencia de salvar la vida del paciente quita antijuridicidad al hecho de no haber informado a éste de su estado y no haberle solicitado el consentimiento. La urgencia vital es un factor legitimatorio excepcional del acto médico cumplido sin consentimiento, que ha sido acogido por el nuevo Código, en una decisión plausible.

Por el contrario, la falta de necesidad terapéutica agrava la responsabilidad del médico en aquellos supuestos en que acomete tratamientos que no eran imprescindibles ni dirigidos a paliar una dolencia y los resultados obtenidos no fueron los esperados.

Paradigmáticamente ocurre ello cuando se producen supuestos de práctica innecesaria, por ejemplo, al haberle extirpado el riñón sano a un paciente, dejándole intacto el riñón enfermo. Salvo que el médico que realizó una práctica innecesaria pruebe la ruptura del nexo causal a su respecto, deberá responder por tal praxis negligente en grado sumo[40].

Es indiscutible que cuando no hay necesidad terapéutica, y por ende tampoco urgencia, lo único que valida la intervención del facultativo es la voluntad del paciente. Si ella no existiera o estuviera viciada, tal acto sería, sin más, antijurídico, conforme una interpretación atinada del art. 59 CCC in fine.

La antijuridicidad del médico que se aparta de la *lex artis*[41], utilizando procedimientos de su propia inspiración y no aceptados por la praxis médica autorizada oficial o académicamente hace que las obligaciones de quien así obre se transformen ipso iure en obligaciones de resultado, cualquiera fuera su naturaleza inicial.

Claro que, en los tres casos anteriormente expuestos, para imputar responsabilidad al médico, aún faltaría un requisito: debería estar dicha actuación galénica irregular en relación causal adecuada con el daño sufrido por el paciente (arts. 1726 y 1736 CCC), se actúe con o sin consentimiento de la víctima, ya que el consentimiento de ésta ni quita ni pone la relación causal adecuada.

4. Los dos campos de la medicina

La existencia o no de necesidad terapéutica, si el método o procedimiento elegido en concreto por el facultativo integra la *lex artis*, permite distinguir dos campos de la medicina:

a) la medicina curativa o asistencial, esto es, “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad”[42]. Con precisión, se ha expuesto también que “la calificación de medicina asistencial o curativa se predica de aquellos supuestos en los que, desencadenado un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo. En este supuesto, el objetivo primordial de la asistencia es atajar la interferencia de dicho proceso en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible[43]; y

b) la medicina voluntaria, perfectiva o satisfactiva, que es aquella en la que el interesado acude al médico, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos, como pueden ser:

- 1) Realizarse una operación de cirugía estética (lifting, peeling, aumento de busto, lipoaspiración, etc.).
- 2) Tratamiento para alargamiento de piernas.
- 3) Supresión de atributos sexuales en caso de hermafroditismo.
- 4) Colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos.
- 5) Esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas.
- 6) Intervención en oftalmología para corregir miopía o astigmatismo.
- 7) Realización de una circuncisión ritual[44]; en cambio, no se trataría de un supuesto de medicina voluntaria, si la circuncisión obedeciera a un propósito curativo, como curar una fimosis, una parafimosis o una balanopostitis derivada de esta última.
- 8) Tratamiento odontológico para rehabilitación de la boca o para conseguir la solución de un problema de prognatismo o de protusión del maxilar superior, etc[45].
- 9) Implantes de piezas y prótesis dentales[46].
- 10) Implante capilar y realización de implantes de colágeno o botox.

Cabe aclarar que esta dicotomía o clasificación entre medicina curativa y voluntaria es de raigambre moderna, porque a la medicina tradicional le resultaba consustancial la aplicación de una terapéutica sólo a la cura de una dolencia, de modo que hubiera resultado inconcebible para un médico de formación clásica influir o actuar sobre el cuerpo humano, cuando nada había en él que curar.

Prueba de ello es que ARISTÓTELES expresaba sin lugar a dudas que “el fin que persigue el arte de la medicina es la salud...”[47].

Ergo, sin salud quebrantada no existía justificación para la administración de cuidado médico alguno.

La situación ha ido cambiando y hoy quien sostuviera a rajatabla estas afirmaciones aristotélicas bien podría ser tomado por loco o por un nostálgico refugiado en un pasado lejano.

Avanzando un paso, diremos que se ha definido a la medicina satisfactiva como “aquella a la que se acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de suerte que en ella el resultado esperado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional” [48].

El contrato que da forma a una práctica de medicina voluntaria o preventiva, tiene la naturaleza más de contrato de locación de obra que de prestación de servicios médicos[49].

Los dos aspectos que identifican a las prácticas de medicina voluntaria, satisfactiva o perfectiva son, por un lado, la búsqueda en estas intervenciones de un mejoramiento del aspecto estético o de una necesidad personal o subjetiva del individuo y, por otro, la falta de necesidad terapéutica[50].

Una feliz expresión de Concepción RODRÍGUEZ MARÍN pone blanco sobre negro en las diferencias de esta rama de la medicina. Dice la citada autora española que como en la medicina satisfactiva la finalidad no es la curación de una enfermedad, sino que se persigue un beneficio de otra clase para el paciente, no debería llamársele paciente sino cliente[51]. Creemos que la distinción es exacta:

a) paciente puede ser quien sufre una minusvalía, dolencia o patología que disminuye alguna de sus funciones y recurre a un médico para que lo cure, alivie o controle.

b) cliente es quien sin sufrir minusvalía alguna busca un mejoramiento estético o similar y concurre a un médico para obtenerlo. No se trata de un enfermo ni de un paciente en sentido propio, sino de un cliente que concurre a un profesional en busca de un resultado determinado. De allí que, en las prácticas de medicina curativa, satisfactiva o perfectiva, la regla sea que las del médico son obligaciones de resultado, justamente porque el resultado es lo que lleva al cliente a buscar el auxilio del profesional y por tanto éste integra el negocio jurídico de manera indisoluble.

Otros aspectos que distinguen claramente a la medicina satisfactiva o voluntaria de la curativa o asistencial son:

1) En casos de medicina voluntaria, donde no existe necesidad terapéutica ni urgencia de realizar la práctica, la falta de consentimiento del cliente, torna antijurídico el acto médico, sin posibilidad de que el médico encuentre otras causales de justificación; en casos de medicina satisfactiva, voluntaria o perfectiva, la falta de consentimiento del paciente torna absolutamente ilegítimo al acto médico y obliga a imputar al médico la totalidad de los daños; esto ocurre arquetípicamente, por ejemplo, si el médico sin haber pedido ni obtenido el consentimiento de la paciente, al hacerle una operación de cesárea, aprovechara para hacerle una salpinguectomía (ligadura de trompas), que dejara estéril a la paciente, creyendo que era lo más conveniente para ella[52]. Es obvio que en este caso el médico prefirió por su paciente; y es sabido, que las preferencias externas del médico, sin contar con el consentimiento de su paciente, sólo son legitimadas por el derecho cuando resulta aplicable el principio de beneficencia, es decir, cuando la urgencia las torna justificadas, por no poder esperarse el consentimiento y no admitir demora la opción. En cambio, en un caso de medicina voluntaria, en que arquetípicamente, no existe urgencia ni necesidad terapéutica, tales preferencias externas son ilegítimas y antijurídicas y generan derecho a resarcimiento.

2) En prácticas de medicina voluntaria el consentimiento del cliente debe ser irreprochable, pues el menor reproche que pueda hacerse al respecto, compromete la responsabilidad del médico[53].

3) En la duda sobre si ha existido consentimiento del paciente al acto galénico o no, debe estarse por la negativa en este tipo de prácticas voluntarias. En un fallo reciente del Tribunal Supremo de España se indicó que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo[54].

4) En supuestos de medicina voluntaria “es difícil ubicar el consentimiento en persona distinta del cliente afectado”[55], dada la falta de necesidad terapéutica de la práctica; y

5) en medicina voluntaria no existen situaciones en las que exista una limitación terapéutica de la información, que permita al especialista administrar o reducir válidamente la información suministrada a su cliente. El médico, al tratarse de una práctica asumida en forma libre y voluntaria por el cliente, deberá informarle en forma completa, veraz, adecuada y exhaustiva a éste, ya que como la finalidad no es el mejoramiento de la salud, no se justifican omisiones o informaciones graduadas que hagan que el cliente acceda a la intervención sin un completo conocimiento de todas sus consecuencias y de todos sus posibles resultados[56].

5. El médico y las obligaciones de medios

La recepción por parte del Código Civil y Comercial argentino de la clasificación obligacional, que divide a éstas por su objeto, en obligaciones de medios y de resultado en su art. 774, permite tener por superada la disputa sobre si esa diferenciación subsistía o no en el derecho argentino. Estando ella ahora receptada normativamente las opiniones doctrinales negativas a su respecto se vuelven meramente conjeturales y carentes de efecto[57].

Este art. 774 CCC se corresponde con su similar 1768, el que estatuye:

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

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

Pues bien, los profesionales han quedado al margen del riesgo creado, no del vicio de la cosa, lo que es correcto, aunque por lo común responden en base a la culpa y no a factores objetivos. Ello, excepto que hayan utilizado en su metier una cosa viciosa o comprometido un resultado concreto, supuestos en que responden objetivamente; el último en base a una asunción libre y deliberada de un deber de actuación superlativo, en el que el resultado se encuentra in obligatione, es decir, integra, desde un comienzo, el plan prestacional de la obligación.

Como sea, igualmente cabe destacar que la mayoría de la doctrina, tanto argentina como extranjera, al igual que la jurisprudencia nacional y foránea, habían aceptado la vigencia y utilidad de la distinción y, posicionados en ella, habían sostenido ya antes de la sanción de la Ley N° 26.994 que la obligación que asume el médico frente al paciente, como regla, constituye un deber de medios y no una obligación de resultado.

Dejando a salvo aquellos contados autores que cuestionan la propia clasificación, prácticamente no existen disidencias sobre que -por regla o en principio-, la obligación que contrae el médico frente al paciente es de medios.

El problema está en que, luego de esta primera afirmación, los autores y los fallos dan entrada a las excepciones que suelen ser variadas y tan numerosas, que llegan a conmover la regla inicialmente establecida.

Peor aún, lo opinable e imprevisible de cuándo se aplica la regla general y cuándo alguna excepción, termina complicando el panorama y haciendo que todo el esquema sea inseguro.

Por ello desde nuestro “Tratado de responsabilidad médica”[58], sistematizando alguna prestigiosa doctrina y jurisprudencia europea, hemos postulado un esquema objetivo y previsible, para determinar en cada caso concreto si la obligación del médico era de medios o de resultado. Dicho esquema básicamente explicado se basa en determinar, en cada práctica médica que se cuestione, si la existencia de necesidad terapéutica justificaba esa práctica o no.

6. Alcances de la obligación del facultativo

Si bien se mira el listado de prácticas de medicina voluntaria, el mismo contiene prestaciones de diferente alcance, pero unidas por un elemento aglutinante: la falta de necesidad terapéutica.

Esta distinción y tratamiento diferencial entre medicina curativa y voluntaria se refleja claramente en dos ámbitos: el de la obligación de información del médico y el del consentimiento del paciente.

En cuanto al último, acertadamente ha expresado LLAMAS POMBO, que “la exigencia de consentimiento será tanto más rígida cuando más nos alejemos de la finalidad puramente curativa, llegando a ser inexcusable cuando dicho objetivo desaparece”[59].

Es indiscutible que cuando no hay necesidad terapéutica, y por ende tampoco urgencia, lo único que valida la intervención del facultativo es la voluntad del paciente. Si ella no existiera o estuviera viciada, tal acto sería antijurídico.

El deber de información se ha apreciado con mayor rigor en la medicina voluntaria o no terapéutica en diversos pronunciamientos. En un fallo del Máximo Tribunal español se indicó que:

“una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico-quirúrgico, en consonancia con la elevación del resultado a criterio normativo de la obtención de un resultado..., una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”[60].

Y el Consejo de Estado francés resolvió que en materia de cirugía estética, tiene el experto una obligación de información especialmente dilatada respecto a su cliente[61].

Por su parte, la Corte de Casación francesa dijo en un decisorio que en materia de actos médicos y quirúrgicos de objetivo estético, la obligación de información debe referirse no sólo a los riesgos graves de la intervención, sino también a todos los inconvenientes que pueden resultar de ella[62].

Tal tesis fue criticada por alguna doctrina sobre la base de que discriminar la especialidad estética sosteniendo la necesidad de valorar más rigurosamente la fase de la información y de la prestación del consentimiento, significa introducir, en el interior de la ciencia médica, una diferenciación que no responde a específicas razones deontológicas para ser sostenida[63].

Y un autor se preguntó ¿cómo puede sostenerse que un paciente que deba ser sometido a una intervención a corazón abierto tuviera derecho a una información menos confiable y detallada, a la que tiene derecho el paciente que se somete a una operación plástica facial?[64].

La carencia de lógica de agravar el deber informativo del cirujano plástico resulta evidente y se comprueba con la ausencia de una adecuada fundamentación para la respuesta positiva al interrogante. Al cirujano estético le es exigible más que al médico generalista o cirujano torácico, por ejemplo; pero esta mayor exigencia es primordialmente atinente a la ejecución del acto médico y a la obtención del consentimiento.

Por nuestra parte creemos que los médicos que practican ambas modalidades de práctica galénica -terapéutica y embellecedora- deben informar en forma objetiva, veraz, completa y comprensible a sus pacientes o clientes. En eso no caben diferencias.

Más aún ahora en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial que no traza diferencias entre médicos en este aspecto y obliga a todos ellos a suministrar al paciente, antes de solicitarle su consentimiento, una 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.

Bien se ha decidido en un par de fallos argentinos que, si bien en las cirugías estéticas se adjudica particular relevancia al deber de información médico, el cual debe satisfacerse de manera clara y suficiente, ello no significa que tenga que ser necesariamente instrumentado por escrito[65].

Claro que, en todo caso, propondríamos una solución intermedia: en caso de duda respecto del cumplimiento del deber de información en casos donde no existe necesidad terapéutica, ella debe revertirse sobre el médico, generando una presunción de responsabilidad del mismo, presunción relativa y desvirtuable por prueba en contrario, derivada de no cumplir acabadamente su obligación informativa, teniendo en mira que se trata de un caso, donde no existía urgencia ni la terapéutica era indispensable, extremos ambos que hubieran podido -de estar presentes- bonificar la praxis médica.

7. Consectarios

De todo lo expuesto surge con claridad que la falta de necesidad terapéutica, esencia de las actuaciones galénicas voluntarias o embellecedoras, se corresponde -como regla general- con una obligación de resultado del médico. Ello, no tanto porque el médico pueda asegurar resultados, ya que en múltiples prácticas intervienen aleas que el galeno no puede controlar, sino porque si no está seguro del curso favorable de los acontecimientos y de la falta de riesgos de agravamiento de su estado para el cliente, no debe acometerlos directamente.

En cambio, la necesidad terapéutica ubica al supuesto dentro de las obligaciones de medios del médico, con la consiguiente menor carga funcional y la posibilidad de liberarse probando su diligencia.

Si existía necesidad terapéutica -con mayor razón, si se comprueba la existencia de imprescindibilidad terapéutica-, la duda debe zanjarse en beneficio del médico; mientras que, si no la había, ella debe decantarse en contra del galeno.

Ello ya que, si no existía necesidad terapéutica, el médico es objetivamente responsable porque se ha comprometido a obtener el resultado perseguido por el paciente (arts. 774 inc. c) y 1723 CCC), que es el único resultado que satisface al paciente y libera de responsabilidad al médico prestador, salvo la acreditación del caso fortuito (art. 1730 CCC), instituto que debe interpretarse restrictivamente, a tenor de lo dispuesto por el art. 792 CCC in fine.

Un elenco normativo disperso por el legislador que sancionó el nuevo Código marca una inusual dureza para el tratamiento de este supuesto; el motivo es comprensible sin dificultad: el médico que no estaba seguro de poder obtener los resultados que el cliente le solicitó, dada la

inexistencia de necesidad terapéutica, no debió acometer la práctica. Si lo hizo, es a su riesgo y solo la prueba de la obtención del resultado esperado por el cliente o del caso fortuito lo exime de las consecuencias dañosas de su gesto técnico o de sus omisiones.

NOTAS

[1] Académico de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires - Académico correspondiente de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba - Profesor Titular de Derecho de las Obligaciones civiles y comerciales (Universidad de Belgrano) - Profesor de la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral) - Profesor visitante de las Universidades Washington University (EE. UU.), Rey Juan Carlos y de La Coruña (España), de Savoie (Francia), de Coimbra (Portugal), de Perugia y Mediterranea (Italia) - Autor de treinta y cinco libros en temas de Derecho Civil y Procesal Civil - Evaluador de carreras de postgrado de la CONEAU - Ex Juez de Cámara en lo Civil y Comercial - Ex Asesor General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires - Conferencista y publicista.

[2] Vid nuestro comentario al art. 94 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020, Tomo 2-B).

[3] A mayor abundamiento, ver López Mesa, Marcelo, La apreciación de la conducta de los profesionales de la salud frente al COVID-19, en el libro colectivo titulado "La reconstrucción del derecho argentino pos crisis". II, El Derecho, B. de F., Ediciones Hammurabi, Catedra jurídica, Nova Tesis, Buenos Aires, 2020, M. López Mesa (director), págs. 43 y ss.

[4] Como el sistema de gestión digital de estudios médicos de diagnóstico por imágenes y estudios bioquímicos que se realicen en centros de estudios y laboratorios pertenecientes al sistema de salud pública y privada en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, establecido por Ley provincial N° 15.201, sancionada el 15 de octubre de 2020 y publicada en el Boletín Oficial, del 6 de noviembre de 2020.

[5] Ver Ramón Orueta Sánchez - Coral Santos Rodríguez - Enrique González Hidalgo - Eva M^a Fagundo Becerra - Gemma Alejandre Lázaro - Javier Carmona de la Morena - Javier Rodríguez Alcalá - José M^a del Campo del Campo - María Luisa Díez Andrés - Natalia Vallés Fernández - Teresa Butrón Gómez, "Medicalización de la vida", en <http://scielo.isciii.es/pdf/albacete/v4n2/especial6.pdf>

[6] Ello, a poco que se reflexione que, pese a la declamación del art. 19 CCC: "Comienzo de la existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción", luego el art. 21, segundo párrafo redondamente establece: "...Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió". Entonces, es persona desde la concepción, pero no es persona si no nace con vida. Un canto a la coherencia, lo que se dice, que buscó -como el nuevo Código hizo casi siempre- quedar bien con todos, darle un poquito de razón a todas las posturas, por lo que se ubicó en una suerte de limbo, en una serie de vaguedades o a medio camino de todas las buenas soluciones, en multitud de materias.

[7] CACC Trelew, Sala A, 15/11/2010, SIF. N° 68 de 2010, Eureka, firmado por los Dres. Carlos D. Ferrari y M. López Mesa.

[8] CACC Trelew, Sala A, 19/04/10, "Asesoría de Familia e Incapaces N° 2 S/ Insania de Antonio José M." (Expte. 94 - Año 2010), Eureka, disidencia del Dr. López Mesa.

[9] CACC Trelew, Sala A, 19/04/10, "Asesoría de Familia e Incapaces N° 2 S/ Insania", Eureka, dis. López Mesa.

[10] CACC Trelew, Sala A, 19/04/10, "Asesoría de Familia e Incapaces N° 2 S/ Insania", Eureka, dis. Dr. López Mesa.

[11] Ver https://www.adolescenciasema.org/ficheros/REVISTA%20ADOLESCERE/vol4num1-2016/35_la_incendencia_de_la_ley_26_2015.pdf

[12] Vid Resolución 65/2015, de la Secretaría de Salud Comunitaria del Ministerio de Salud de la Nación, del 09/12/2015, en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257649/norma.htm>

[13] Ver el artículo de nuestra autoría titulado “La apreciación de la conducta de los profesionales de la salud frente al COVID-19”, en el libro colectivo La reconstrucción del Derecho Argentino pos Crisis - Derecho Civil y Comercial, págs. 43 y ss.

[14] A mayor abundamiento, ver “La apreciación de la conducta de los profesionales de la salud frente al COVID-19”, cit., págs. 43 y ss.

[15] CSJN, 11/12/1990, “Montalvo, Ernesto A.”, Fallos 313:1333, voto de la mayoría.

[16] Vid nuestro comentario al art. 93 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020, Tomo 2-B).

[17] Coincidimos con Sambrizzi sobre que tal práctica autorizada por el legislador en la modificación de la Ley de Derechos del Paciente, significa ni más ni menos, que una autorización de la eutanasia, en su versión pasiva (Cfr. Sambrizzi, Eduardo A., La supresión de la alimentación e hidratación constituye un acto de eutanasia, LA LEY 2015-D, 121).

[18] Vid nuestro comentario al art. 93 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020, Tomo 2-B).

[19] Flemate Díaz, Paola Lizett, El derecho a la muerte digna en el ordenamiento jurídico mexicano, tesis doctoral, dirigida por Enrique Belda Pérez-Pedrero, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2016, pág. 78.

[20] Flemate Díaz, El derecho a la muerte digna en el ordenamiento jurídico mexicano, tesis doctoral, cit., pág. 78.

[21] Cám. 5ª Criminal de Mendoza, 18/08/2010, Ahumada Núñez, Oscar Alejandro, LA LEY 2010-F, 338 y LLO, AR/JUR/41939/2010.

[22] Ver un agudo comentario a ese fallo en Garavaglia, Sebastián, El fin de la existencia de las personas y el trasplante de órganos: el caso “Ahumada Núñez”, RDP 2017-11, 2192.

[23] Garavaglia, Sebastián, El fin de la existencia de las personas y el trasplante de órganos: el caso “Ahumada Núñez”, RDP 2017-11, 2192.

[24] Vid nuestro comentario al art. 94 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado...”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020, Tomo 2-B).

[25] Vid nuestro comentario al art. 1768 CCC, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado...”, cit, Tomo 10-B).

[26] Fernando Guzmán- Eduardo Franco- María Cristina Morales de Barrios- Juan Mendoza Vega, “El acto médico Implicaciones éticas y legales”, en rev. “Acta Médica Colombiana”, Vol. 19 N° 3, mayo-junio 1994, pág. 139.

[27] LLAMAS POMBO, Eugenio, “Doctrina general de la llamada culpa médica”, en “Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro”, Edición de la Xunta de Galicia y de la Escola Galega de Administración Pública (Domingo Bello Janeiro y Carlos Maluquer de Motes I Bernet, directores), Santiago de Compostela,

2005, pág. 244; publicado también en “O Direito e a cooperação ibérica”, Campo das letras, ed. Oporto, 2004.

[28] GALÁN CORTÉS, Julio César, “Responsabilidad civil médica”, Cívitas, Madrid, 2005, pág. 65.

[29] LLAMAS POMBO, Eugenio, “Doctrina general de la llamada culpa médica”, cit., pág. 244.

[30] SC Mendoza, 23/6/2003, “Marchena c/ Dimensión S.A./ECI Emergencias Médicas y Ots”, LL online.

[31] Cám. Apels. Civ. Com. Trelew, Sala A, 24/06/2010, “Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/ Daños y Perjuicios”, Eureka (<https://apps1.juschubut.gov.ar/eureka>), voto Dr. López Mesa.

[32] Cfr. por caso el fallo de la Excma. CNCiv., Sala I, 25/10/90, “Favilla, Humberto c/ Peñeyro, José y otro”, LL 1991-D-117 y DJ 1991-2-565.

[33] CACC Trelew, Sala A, 02/10/2015, “QUIROGA, M. S. c/ P., J. y Otra”, Eureka, voto Dr. López Mesa, al que adhirió la Dra. Natalia Spoturno.

[34] CACC Trelew, Sala A, 02/10/2015, “QUIROGA, M. S. c/ P., J. y Otra”, Eureka, voto Dr. López Mesa.

[35] Vid. GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, pág. 267, punto 3.2.

[36] CACC Trelew, Sala A, 02/10/2015, “QUIROGA, M. S. c/ P., J. y Otra”, Eureka, voto Dr. López Mesa.

[37] CACC Trelew, Sala A, 02/10/2015, “QUIROGA, M. S. c/ P., J. y Otra”, Eureka, voto Dr. López Mesa.

[38] Cfr. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, “Derecho de daños”, 2ª edic., Ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 216.

[39] CACC Trelew, Sala A, 24/06/2010, “Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/ Daños y Perjuicios”, Eureka, voto Dr. López Mesa.

[40] En un caso desafortunado, se dijo atinadamente que la responsabilidad impuesta al cirujano que le extirpó al actor un órgano de manera negligente -se le extrajo un riñón sano-, debe extenderse al establecimiento de asistencia médica y al sistema de protección de salud codemandados, pues ellos tienen una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico (CNCiv., sala K, 8/9/2006, “Martínez, Eduardo J. c. Obra Social Telefónicos”, LL 2007-A, 331).

[41] La *lex artis*, ley del arte o regla del arte, es el conjunto de experiencias y conocimientos adquiridos por una determinada ciencia en un momento dado. La *lex artis* no es eterna ni inmutable, sino temporal y cambiante. Prácticas que se consideran sensatas y convenientes hoy pueden ser dejadas de lado mañana, por nuevos descubrimientos o métodos. Por ende, como dijimos en un voto, la praxis médica deba juzgarse a la luz de las exigencias, datos, posibilidades del paciente y conocimientos existentes al momento de realizarse ella. Lo contrario implicaría una exigencia desmedida, porque podrían cargarse sobre los profesionales deberes inmensos, sobre la base de datos no conocidos al momento de realizar la práctica, lo que es injustificable (cfr. CACC Trelew, Sala A, 24/06/2010, “Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/ Daños y Perjuicios”, Eureka, voto Dr. López Mesa).

Agregamos allí que la regla es que la praxis profesional se juzga con la normativa, los conocimientos adquiridos, la *lex artis*, las posibilidades concretas del paciente y del médico y las exigencias del momento en que fue practicada. De otro modo, la mayoría -o, al menos, muchas prácticas serían negligentes- si fueran juzgadas con normas, criterios o con la *lex artis* posterior a su realización.

[42] MUNAR BERNAT, Pedro A., Daños causados por actos médicos, en “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, dirigida por Eugenio LLAMAS POMBO, Ed. La Ley, Madrid, 2006, págs. 453 y ss.

[43] GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 201.

[44] Claramente se trata de un supuesto de medicina voluntaria, puesto que no hay necesidad terapéutica en la circuncisión ritual; en este sentido se pronuncia también el maestro PENNEAU, para quien incluso cabría la aplicación de sanciones disciplinarias al médico que realiza este tipo de atentados contra la integridad corporal de una persona, sin razón médica, y más todavía cuando empeña en ello su cualidad de médico (Cfr. PENNEAU, Jean, Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications, Recueil Dalloz, t. 1993, sec. Sommaires commentés, pág. 27).

Creemos menester no obstante hacer una aclaración: no compartimos el criterio de PENNEAU de la imposición de sanciones disciplinarias a estos médicos, debido a la justificación del acto por una acendrada costumbre plasmada en textos sagrados milenarios, pero sí sostenemos que las obligaciones de quien practica una circuncisión ritual son obligaciones de resultado, respondiendo en caso de que el resultado no se obtenga.

[45] MUNAR BERNAT, Pedro A., Daños causados por actos médicos, en “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, dirigida por Eugenio LLAMAS POMBO, cit., págs. 454/455.

[46] RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, cit., pág. 283.

[47] ARISTÓTELES, “Ética a Nicómaco”, Edit. Gradifco, Buenos Aires, 2005, pág. 17.

[48] GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, cit., pág. 2002.

[49] Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 12/3/04, sent. núm. 203/2004, ponente: Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ 2004\2146.

[50] SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, “La impropiedad llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 227; MORA GARCÍA, José María - JIMÉNEZ SUÁREZ, Octavio, Complicaciones jurídico-médicas en la intervención de vasectomía, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pág. 14.

[51] RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, págs. 283 y ss.

[52] El Tribunal Supremo de España sostuvo en un caso que el médico demandado al haber prescindido del consentimiento de la paciente, a la que practicó una salpinguectomía -ligadura de trompas- en el transcurso de una operación de cesárea, desconoció la obligación impuesta por la *lex artis* en el aspecto concreto de haber omitido el citado consentimiento, lo que originó, forzosa e ineludiblemente, una conducta antijurídica y comportó, a su vez, la obligación de indemnizar el resultado dañoso producido, responsabilidad ésta que es exigible cualquiera que fuese la consideración que mereciese la relación del caso: contractual, cuasicontractual o extracontractual, ya que lo esencial fue que aquel proceder desatendió un determinado deber derivado de la *lex artis* y, aun reconociéndose que el demandado actuó profesionalmente por su amistad de compañero con la actora y que adoptó la decisión de practicar la salpinguectomía por estimar que representaba la solución más conveniente, su comportamiento no puede ser objeto de aminoración en su responsabilidad cuantitativa por vía de la equidad” (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 24/5/95, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LA LEY (Esp.), t. 1995-3, pág. 554 (16886-R)).

[53] En un interesante caso francés, la Corte de Apelaciones de París, condenó a un médico a indemnizar a la madre de un menor que había sido circuncidado con el sólo consentimiento de su padre, que aprovechó del ejercicio de su derecho de alojamiento para tomar esa grave decisión, sin haber recogido la aprobación de la madre. Teniendo en cuenta que “se trataba de un acto quirúrgico que no se imponía realizar”, se responsabilizó al médico “que practicó la circuncisión de un niño con fines rituales en cuanto se contentó con el consentimiento de uno sólo de los padres, actuando así con una ligereza remarcable” (Corte de Apelaciones de París, 1ª Sala “B”, 29/9/00, Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, pág. 1585).

[54] Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª, 9/5/05, ponente: Sra. Dª Margarita Robles Fernández, RJ 2005\4902.

[55] RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, cit., pág. 317.

[56] RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, cit., pág. 317; PALOMARES BAYO, Magdalena - LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, Javier, El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital. Ed. Comares, Granada, 2002. pág. 79.

[57] Ello, más allá de las críticas que nos ha merecido la redacción y el espíritu del art. 774 CCC, el que nos parece heterodoxo, oscuro, innecesario en cuanto a su inciso b) (Vid nuestro comentario a esa norma, en LÓPEZ MESA, Marcelo - BARREIRA DELFINO, E. (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2020, Tomo 6-A).

[58] Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, de Marcelo J. López Mesa - Philippe le Tourneau - Jorge Santos Ballesteros - Domingo Bello Janeiro - Reyna Carrillo Fabela - José Daniel Cesano, Edit. Legis - Ubijus, Bogotá - México DF, 2007.

[59] LLAMAS POMBO, Eugenio, Doctrina general de la llamada culpa médica, en “Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro”, cit., pág. 264.

[60] Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª, 3/10/00, ponente: Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, RJ 2000\7799.

[61] Consejo de Estado francés, 5ª y 3ª salas reunidas, 15/3/96, Recueil Dalloz, t. 1996, sec. Informations rapides, pág. 115.

[62] Corte de Casación francesa, 1ª Sala Civ., 17/2/98, sent. N° 95-21.715, Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Informations rapides, pág. 81.

[63] Cfr. la nota de SCODITTI al fallo dictado por la Casación italiana in re “Sforza c/ Milesi Olgiati”, publicada en “Foro italiano”, t. 1995-I, pág. 2913.

[64] Cfr. la nota de FERRANDO al fallo dictado in re “Sforza c/ Milesi Olgiati”, ya citado, en “Nuova giur. civ. commentata”, t. 1995-I, pág. 937.

[65] CNCiv., Sala I, 21/2/06, “L., G. F. c. T., M. y otros”, RCyS 2006-VIII, 105; ídem, Sala F, 23/9/04, “Amato, Eleonora c. G., C. J.”, en LL Online.