



ÍNDICE SUMARIO

CAPÍTULO XV LA CULPA MÉDICA

I. La noción de imputabilidad	7
II. El dolo	9
1. Noción de dolo	9
2. Diversas acepciones de dolo	10
3. Depuración del concepto de dolo	11
A) Dolo y antijuridicidad	11
B) Dolo y culpa grave	11
C) Especies de dolo	11
a) Dolo directo, de primer grado	12
b) Dolo indirecto, de segundo grado	13
c) Dolo eventual	13
4. Conclusión e importancia de estos distingos en el Derecho Civil	14
5. El dolo en la responsabilidad médica	14
III. La culpa	15
1. La culpa como defecto de la conducta	15
2. Culpa grave, leve y levísima	19
3. Culpa medical leve	23
4. La referencia a un modelo o la apreciación concreta	28
5. Culpa profesional	32
IV. El problema de las obligaciones de medio y de resultado	35
1. Ausencia de una teoría de las obligaciones de hacer	35
2. La tesis de la obligación de medios y de resultado	36
A) Aceptación de la clasificación. Distintas posturas	36
B) Negativa y superación de la clasificación	49
V. La situación en Brasil	53
VI. El régimen del Código Civil y Comercial	54
VII. Casuismo	55
1. La omisión de practicar un estudio y el cambio de profesional	55
2. La obligación del patólogo es de resultado	56
3. La obligación del patólogo no es de resultado porque el caso es excepcional	57
4. La transfusión de sangre infectada	58
5. El diagnóstico tardío	59
6. La negligencia médica: omisión de requerir estudios previos	60
7. La falta de diagnóstico y el error inexcusable	62
8. Cuadro confuso	63
9. El bisturí y el deber de seguridad	64
10. El fundamento de la responsabilidad de la clínica	65
11. La infección intrahospitalaria	65

CAPÍTULO XVI

LAS REGLAS DE CONDUCTA EN LA ACTIVIDAD MÉDICA: EL JUZGAMIENTO CONCRETO DE LA CULPA

I. Las reglas de conducta	69
1. Obligación nuclear, deberes secundarios de conducta, obligación compleja, culpa	69
2. ¿Cómo se determinan los medios comprometidos?	70
3. La obligación de hacer del médico	73
4. El carácter intuitu personae y la sustitución	73
5. Reglas de conducta: criterios de determinación	74
6. La obligación de prestar cuidados tendientes a la curación	76

7. Variación de los medios en relación al grado de afectación de los bienes comprometidos	77
8. La influencia de la especialidad y el grado de conocimiento	79
9. A mayores promesas, mayores exigencias	82
10. Los deberes ético-jurídicos	83
11. La costumbre y el modelo: la tesis del promedio. La costumbre deseable y la regla local	85
12. Hay libertad para optar entre métodos científicamente aprobados	89
13. Función pública y deberes hacia terceros	91
14. Conflictos con las directivas de la empresa sanatorial	91
15. Las circunstancias de tiempo: la urgencia	94
16. Las circunstancias de espacio: el médico rural	95
II. Casuística: deberes concretos	96
1. Discrecionalidad técnica y consentimiento	96
2. Deber de revisar las pertenencias del enfermo	96
3. Deber de continuar el tratamiento hasta el final	97
4. Cantidad de visitas necesarias	97
5. Tratamientos demasiado extensos	97
6. Deber de efectuar pruebas	98
7. Deber de “poseer” medios técnicos	98
8. El deber de sospechar: el médico “Sherlock Holmes”	98
9. Los resultados a perseguir en el parto	100
10. Omisión del examen preoperatorio	101
11. Obligación de conocer el contenido de los medicamentos que prescribe	101
12. El juzgamiento de acuerdo a la escuela profesional practicada	102
13. El deber del paciente de efectuarse los controles	102
14. El deber de actuar del médico	103
15. La discrecionalidad técnica	104

CAPÍTULO XVII

LA CULPA, EL ERROR Y EL RIESGO DE LA PRESTACIÓN

I. La enfermedad y el error como riesgos de la prestación	107
II. Teoría de los riesgos de la prestación	109
III. La enfermedad como riesgo de la prestación	113
IV. El error culposo en el balance riesgo-beneficio	114
V. El error técnico	114
1. El error “pequeño” y la culpa levísima	115
2. Error y discrecionalidad técnica	116
3. El juzgamiento del error	118
4. El error de diagnóstico	120
5. La prevención del error	122
VI. El riesgo económico	123
VII. Resumen de las reglas aplicables	123
VIII. La situación en Brasil	124
IX. Casuística	126
1. ¿Parto natural o cesárea?	126
2. Fallas habituales	126
3. Error en el diagnóstico del cáncer	127
4. Abdomen agudo y diagnóstico difícil	128
5. Infección oculta y error	128
6. El olvido quirúrgico como riesgo profesional	129
7. Error de diagnóstico por falta de estudios	132
8. Síntomas comunes a varias enfermedades	135
9. Error de diagnóstico y daño moral	136
10. Error de diagnóstico y tratamiento	137

CAPÍTULO XVIII

LA CULPA Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA

I. Introducción	139
II. Obligación de secreto y vida privada (remisión)	140
III. Deberes hacia terceros	140
IV. Reenvío: la información, la seguridad y la protección contractual	144
V. Casuística	144
1. Deberes secundarios de conducta: Deber de controlar, ¿familia vs. hospital?	144
2. Deber de previsión	145
3. Deberes de terceros	146

CAPÍTULO XIX

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

I. Introducción	149
1. Caracteres de la imputación objetiva	149
2. Casos en los que media imputación objetiva en la actividad profesional	153
II. Promesas de resultado	153
1. La regulación jurídica	153
2. La aplicación en la responsabilidad médica	153
III. La obligación de seguridad	155
IV. El riesgo o vicio de las cosas	158
1. El daño causado con las cosas y por las cosas	158
2. El hecho de la cosa	160
3. De la cosa a la actividad riesgosa	164
4. Los proyectos de reformas	166
5. Comprensión del hecho de las cosas	168
6. Las cosas en la actividad médica	169
A) Ámbitos civil y penal	169
B) Cosas calificadas como riesgosas en la actividad médica	170
C) La actividad riesgosa en medicina	171
D) El fundamento en el ámbito contractual y extracontractual	172
E) El régimen actual	173
V. Imputación por daños causados por productos elaborados	175
1. Introducción	175
2. Las nociones de bien, producto y cosa	175
3. Responsabilidad del médico por el uso de los productos elaborados	177
A) La situación en el Derecho Comparado	177
B) La situación en la Argentina	179
VI. Responsabilidad colectiva	181
1. El significado de la responsabilidad colectiva	181
2. La acción causalmente colectiva	182
3. Distintos supuestos de responsabilidad colectiva	183
4. Eximentes	183
5. Solidaridad	184
6. La aplicación al equipo médico	184
7. El régimen actual	185
VII. Los residuos peligrosos	185
VIII. Casuística	187
1. ¿Los fórceps son cosas riesgosas?	187
2. Sida y actividad riesgosa	190
3. El contagio de HIV por su marido y el fallecimiento del hijo. Los riesgos de desarrollo	192
4. La responsabilidad del laboratorio por el efecto adverso del medicamento	194
5. Responsabilidad del médico por la utilización del bisturí	196

CAPÍTULO XX EL NEXO CAUSAL

I. Introducción	199
1. La causalidad a nivel de autoría y de extensión del daño resarcible	199
2. Los enfoques actuales de la causalidad	200
II. Causalidad a nivel de autoría	202
1. La causalidad física: de la inmediatez a la complejidad	202
2. La causalidad médica	205
3. Causalidad jurídica y médica: el abogado y el perito	206
4. La causalidad jurídica	209
A) La causalidad adecuada	210
B) La acción humana	212
5. Criterios jurídicos para juzgar la causalidad médica	213
6. La causación médica y la de la enfermedad	214
7. Causa, condición, ocasión	216
8. Discriminación de la contribución causal de la enfermedad y la acción medical. La conexidad causal	216
9. La reparación de las consecuencias mediatas previsibles	218
10. Agravación del curso causal por la conducta del paciente	219
11. La creación de una fuente de riesgo como elemento de prueba del nexo causal	219
III. Causalidad a nivel de extensión del daño	221
IV. La relación causal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación	222
V. Casuística	227
1. La opinión de la Corte en las causas “Ahuad” y “Abelenda”	227
2. Causalidad en la infección hospitalaria	229
3. La relación entre la inyección y la afección al nervio ciático	231
4. Relación entre el suministro de anestesia y el paro cardíaco	232
5. Lesión del nervio ciático derivada de una artroplastia	232
6. Bradicardia	233
7. Recorrido por varios hospitales y causalidad acumulativa	233
8. Probabilidad causal: responsabilidad del urólogo en el posoperatorio de un paciente operado de un testículo	234
9. La improcedencia de causalidad virtual	236
10. La relación causal necesaria y la ausencia de prueba	238
11. La patología preexistente y las cargas probatorias dinámicas	239
12. Los problemas congénitos	240
13. La pérdida de chance de curación	240
14. El cirujano plástico y el catéter de drenaje y el neurólogo	242
15. El contagio de hepatitis por una transfusión y la concausa	242
16. El contagio de HIV	243
17. El daño neurológico	244
18. No hay relación causal	245
19. El abandono del tratamiento	245
20. Causa adecuada	246

CAPÍTULO XXI EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

I. Introducción	249
II. La falta de culpa	250
III. El hecho de la víctima	251
1. La culpa o el hecho de la víctima	251
2. Requisitos para que se configure la eximente	252
A) Causa adecuada del daño	253
B) Conexidad causal	253
C) No imputabilidad del responsable	253

3. La interpretación del hecho de la víctima como eximente: su asimilación al caso fortuito	254
4. El régimen del Código Civil y Comercial	255
IV. Particularidades del hecho de la víctima en la responsabilidad médica	257
1. Las dificultades del hecho de la víctima en la actividad medica	257
2. Hechos previos al tratamiento: el deber de informar	259
3. Hechos concomitantes: el paciente con “malos hábitos” que no sigue el tratamiento	260
4. Hechos concomitantes: paciente sin voluntad. El suicidio del paciente psiquiátrico	263
5. Hechos posteriores al acto médico: obligación de disminuir el daño	265
6. La susceptibilidad particular de la víctima	266
7. La condición preexistente de la víctima	266
8. El abandono del tratamiento	266
V. El caso fortuito	268
1. Imprevisible	269
2. Inevitable	270
3. Actual	271
4. Inimputable	271
5. La enfermedad como caso fortuito	274
VI. Concurrencia de caso fortuito y riesgo	275
VII. Concurrencia de caso fortuito y culpa	277
VIII. La imposibilidad de cumplimiento	279
IX. Casuística	279
1. El consentimiento tácito del paciente a través de una larga enfermedad	279
2. Renuencia del paciente	280
3. La realidad argentina	281
4. El tabaquismo de la madre embarazada	281
5. Falta de seguimiento de las instrucciones médicas	282
6. Los malos hábitos que causan la enfermedad	283
7. Incumplimiento del deber de información por parte del paciente	283
8. Los hechos del paciente psiquiátrico: fuga, autolesión, suicidio	285
9. El cardíaco que hace esfuerzos	291
10. El paciente que no dejó de fumar	292
11. Falta de culpa del médico y el curso de la enfermedad	292
12. Desidia de la paciente en el tratamiento	294
13. Negativa de la paciente a realizarse controles	295

CAPÍTULO XXII LA PRESCRIPCIÓN

I. Concepto	299
II. La cuestión en el Código Civil y Comercial	300
III. Casuística	304

CAPÍTULO XXIII LA PRUEBA

<i>Primera Parte - Teoría general de distribución de la carga probatoria</i>	311
I. La carga de la prueba y de la teoría de los riesgos	312
1. Los riesgos en una relación jurídica	312
2. El riesgo probatorio	313
A) Dificultades de acceso a la prueba	314
B) La carga como incentivo	314
C) Dificultades de producción	315
D) La posición probatoria: el problema de la adjudicación eficiente	315

E) La posición jurídica: reglas de acceso a la prueba	316
F) Posición fáctica. Estrategia probatoria	316
G) La previsibilidad de lo dinámico	318
3. Los riesgos de la prestación	319
4. Conclusión	320
II. La carga de la prueba	322
1. Noción de carga	322
2. Noción de carga de la prueba	324
III. Las reglas procesales de distribución de la carga probatoria	325
1. La regla que atiende a la posición de las partes en el proceso	325
2. La regla normativa: el puente con el Derecho sustantivo	327
IV. Las reglas sustantivas de distribución de la carga probatoria	328
1. La regla de la normalidad	328
2. Reglas derivadas del principio protectorio	329
A) El principio pro damnato	329
B) El económicamente débil	331
C) La profesionalidad	331
D) La dificultad demostrativa	331
3. Reglas del contrato	332
A) La prueba del incumplimiento presume la culpa	332
B) Obligaciones de medios y de resultado	333
4. La influencia de los deberes secundarios de conducta	336
A) Deber de información y distribución de la carga	336
B) Deber de colaboración y distribución de la carga	337
V. Reglas estáticas y dinámicas	338
1. La regla general	338
2. La flexibilización: teoría de las cargas dinámicas	338
3. Diferencias entre cargas dinámicas y mejores condiciones probatorias: roles y posiciones probatorias	339
4. La prueba prima facie o res ipsa loquitur	341
A) El Derecho Comparado	341
B) La adopción en la Argentina	344
C) Caracteres y requisitos	345
VI. Los proyectos de reformas del Código Civil	346
1. El Proyecto de 1987	346
2. El Proyecto de la Comisión Federal	347
3. El Proyecto del Poder Ejecutivo	348
VII. Conclusión	349
<i>Segunda Parte - La regla de distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad médica</i>	350
I. La prueba de la antijuridicidad	350
II. El consentimiento para actos determinados	351
III. La prueba de la culpa	355
IV. La prueba del nexo causal	357
V. La situación en Brasil	364
VI. El régimen del Código Civil y Comercial	365
<i>Tercera Parte - Medios de prueba</i>	373
I. Historia clínica	373
1. Caracterización	373
2. Requisitos	374
3. Documento privado o público: consecuencias probatorias	376
4. La propiedad y el acceso a la historia clínica: el hábeas data	378
5. La descalificación por irregularidades	381

6. La omisión de datos como elemento de inversión de la carga probatoria	382
7. El problema de la definición de lo incompleto	384
8. El régimen actual	384
II. Parte anestésico	389
III. Conflictos entre documentos probatorios: primacía de los que salieron de la esfera de control	390
IV. Pericial médica	390
1. Críticas a la labor pericial	390
2. Valor vinculante	391
3. Metodología	392
V. Testigos médicos participantes del tratamiento	393
 <i>Cuarta Parte - Casos</i>	 393
I. La prueba del incumplimiento-culpa a cargo del paciente	393
II. El médico debe probar que aportó los medios orientados a la curación	394
III. El médico está en mejor posición probatoria	394
IV. El accionante está en mejores condiciones de producir la autopsia	395
V. La regla de la normalidad: el médico debe probar la necesidad de una cesárea	395
VI. La regla del incumplimiento del deber de colaboración procesal	396
VII. Resultado insólito o anormal	397
VIII. El simplismo en la inversión de la carga probatoria: “entró bien, salió mal”	398
IX. El contagio de HIV y la presunción del nexo adecuado	401
X. La creación de riesgo como base para la presunción causal	402
XI. Historia clínica incompleta	403
XII. Historia clínica: falta de anotación del sufrimiento fetal. Responsabilidad del obstetra	406
XIII. El valor probatorio de la historia clínica	407
XIV. Las omisiones en la historia clínica	408
XV. La falsedad ideológica de la historia clínica	409
XVI. ¿Sanción (daño punitivo) por violación del deber de custodia?	410
XVII. La ausencia de conservación del video y la inversión probatoria	411
XVIII. La historia clínica contrastada con otras pruebas	412
XIX. Confección de historia clínica defectuosa	413
XX. Las “fichas médicas” no prueban la negativa a operarse	414

QUINTA PARTE
LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LAS ESPECIALIDADES

CAPÍTULO XXIV
CASOS Y ESPECIALIDADES

	419
I. Introducción	420
II. Anestésistas	421
1. La relación con el paciente	421
2. ¿Obligaciones de medios o de resultado?	422
3. Deberes colaterales: examen, información, seguridad	424
4. Eximentes	426
5. Carga probatoria	427
6. La anestesia como cosa	429
7. El anestésista en el equipo médico	429
8. Ausencia de responsabilidad por la mala actuación de equipos complejos	430
9. El cirujano no responde por el anestésista	432
10. Responde el hospital, y el director, no el anestésista	432
11. La responsabilidad del anestésista en el parto cesárea	434
12. Responsabilidad del anestésista y cirujano	435

13. Responsabilidad del anestesista y del titular del consultorio donde se realizó la práctica	436
III. Cirujanos	438
1. La obligación	438
2. Intervención quirúrgica ampliatoria	443
3. Error	444
4. Riesgo quirúrgico	447
5. Olvido quirúrgico	448
6. Las infecciones en cirugía	449
7. Las infecciones hospitalarias: no se puede generalizar	450
8. El hospital público	453
9. Cuidados posoperatorios	453
10. El cirujano, la clínica y los servicios extramédicos	454
11. Responsabilidad penal del cirujano	456
12. Responsabilidad del cirujano	457
13. El jefe del equipo no responde por la falta de consentimiento informado no solicitado por el anestesista	459
14. El cirujano no es responsable	460
15. El cirujano responde por la vesícula que no extrajo	462
16. El clip no estaba olvidado	463
17. La cirugía, la incapacidad posterior y la muerte al año y medio	464
18. La tomografía no era errónea	465
IV. La sangre, el hemoterapeuta, los bancos y la transmisión de enfermedades	466
1. La comercialización de la sangre	466
2. Carácter contractual del acto de donar. La relación médico-donante	466
3. Relación médico-receptor	469
4. ¿La sangre como cosa riesgosa? Productos hemoderivados	469
5. Imputabilidad subjetiva	470
6. Autonomía y autoría	471
7. Deber de colaboración y de información del donante	471
8. La responsabilidad	472
9. Responsabilidad por la transmisión de enfermedades	472
10. Derecho del paciente a acceder a la sangre	473
11. Los productos hemoderivados	473
12. El hematólogo y las transfusiones de sangre	474
13. El contagio en la transfusión	475
14. La operación no es la causa de la infección	476
15. Responsabilidad del médico hemoterapeuta y del médico de guardia	477
V. Anatohemopatólogo	478
1. El error de diagnóstico del anatomopatólogo	479
VI. Medicina alternativa	481
VII. Responsabilidad de los peritos	483
1. El vínculo con el paciente	483
2. El vínculo con las partes. Obligaciones	483
3. Responsabilidad	484
4. El valor de la prueba pericial	485
5. Principio general	486
VIII. El médico forense	487
1. Valoración del dictamen del cuerpo forense	487
IX. El médico contratado para exámenes	488
X. Otorrinolaringólogo	490
XI. Oncólogo	492
XII. Cardiólogo	492
1. El diagnóstico frente a la urgencia cardíaca	492
2. Tratamientos agresivos	494

3. Las cosas en la cirugía: instrumental, marcapasos	495
4. Las chances de curación	495
XIII. Médico residente	496
1. La amputación del miembro inferior operado	496
XIV. Médico de guardia	497
1. La problemática vinculada a los médicos de guardia abarca diversos aspectos	497
2. El médico de guardia actúa ante la emergencia	500
3. El médico de guardia consideró los síntomas actuales	501
4. Omisión del médico de efectuar los estudios necesarios	502
XV. Urgencias médicas	503
1. El médico de emergencias no hace seguimiento	504
2. El enfermo coronario no debe caminar	505
3. La culpa no es del paciente porque medió error de diagnóstico	506
4. La demora en trasladar al paciente no fue la causa del fallecimiento pero sí del daño moral	507
XVI. Director de clínica	509
XVII. Enfermeras y ayudantes sanitarios	509
XVIII. Radiólogo y técnico radiólogo	514
1. La culpa no es del radiólogo	516
XIX. Pediatra	517
1. Culpa concurrente de los padres y de la médica pediatra	521
XX. Ginecólogo	523
1. La obligación general	523
2. El control del embarazo	525
3. El parto	528
4. Infecciones	528
5. Riesgo quirúrgico	531
6. Las cosas riesgosas	533
7. La responsabilidad por la ausencia de otros profesionales	533
8. La responsabilidad del ginecólogo ante posibles infecciones en la realización de estudios	533
9. El riesgo quirúrgico en la elección del parto	534
10. Embarazo gemelar de riesgo	535
11. Responsabilidad por la ausencia de otros profesionales	536
12. Responsabilidad médica ante un embarazo ectópico	538
13. La responsabilidad no es del médico sino del sistema	539
XXI. Flebólogo	539
XXII. Oftalmólogo	540
1. El oculista colocó una lente que no correspondía	543
2. La aplicación negligente de láser	545
3. La pérdida de visión durante la operación	546
XXIII. Traumatólogo	547
1. Responsabilidad del médico traumatólogo ante prescripción de medicamentos	550
2. El clavo no se desplazó sino que se lo colocó mal	551
3. Responsabilidad médica por alta temprana	552

SEXTA PARTE LA MEDICINA MODIFICATIVA

CAPÍTULO XXV

MEDICINA MODIFICATIVA: ESTÉTICA, CONDUCTUAL, GENÉTICA

I. El problema del juzgamiento	557
1. El surgimiento de la medicina modificativa	557
2. El problema de la finalidad	559
3. Arte de cuidar, curar y modificar	559

4. La relación médico-paciente: la esfera de la individualidad personal	561
5. La esfera social: el paradigma del anclaje	562
II. Hipótesis de medicina modificativa	563
1. Prácticas con finalidad curativa y no curativa	563
2. Prácticas modificativas	564
3. Los criterios de juzgamiento	565
III. La cirugía estética	567
1. Las diferentes concepciones	567
A) Evolución: hacia una obligación de resultado	567
B) Criterios de tipificación de la cirugía estética	567
1) El criterio del alea	568
2) El criterio de la finalidad reparadora y estética	568
3) Ausencia de enfermedad y mera felicidad	569
C) Consecuencias de la obligación de resultado	571
D) La tesis de la cirugía estética como obligación de medios	573
E) La tesis que prescinde del distinguo	574
F) La situación en Brasil	575
2. Algunas observaciones críticas	576
A) La inseguridad jurídica	576
B) La regla del mayor rigor y las confusiones	577
C) Factor de atribución: conductas y cosas	578
D) Problematicidad de las clases de cirugía estética	579
E) El problema del resultado	580
3. El juzgamiento de la promesa de resultado modificativo	581
A) El derecho a la finalidad estética y la oferta	581
B) Quién decide si hay medios o resultados	582
C) Debe analizarse la oferta medical	583
4. La cuestión en el Código Civil y Comercial	585
IV. La esterilización	586
V. Casuística	590
1. Cirugía estética: la inseguridad jurídica	590
2. La cirugía estética es una obligación de medios	592
3. La causa del fracaso no es imputable al médico	593
4. El cirujano estético asume una obligación de medios	594
5. La causa es el seroma	595
6. La obligación es de resultado	596
7. El impacto sobre el nervio ciático	597
8. Es responsable el dueño del consultorio	598
9. La obligación es de medios	598
10. La colocación indebida del gel de silicona	600
 Bibliografía	 601