

# RICARDO LUIS LORENZETTI

Profesor de "Derecho Civil II" (Obligaciones) y "Derecho Civil III" (Contratos) en la Fac. de Cs. Juríd. y Soc. de la Univ. Nac. del Litoral. Profesor titular por concurso de "Contratos Civiles y Comerciales" en la UBA. Profesor de doctorado en la Univ. de Salamanca (España). Premio "Accesit" de la Academia Nac. de Derecho de Buenos Aires. Premio a la producción jurídica de la Academia Nac. de Derecho de Córdoba

## RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

TOMO II

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (01) 373-0755 - 1013 Buenos Aires  
Tucumán 2644 - Tel. (042) 555520 - 3000 Santa Fe

521 141-

# ÍNDICE SUMARIO

## Capítulo XVI

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

I. Las reglas de conducta.....	7
1. Obligación nuclear, deberes secundarios de conducta .....	7
2. ¿Cómo se determinan los medios comprometidos? .....	9
3. La obligación de hacer del médico .....	12
4. El carácter <i>intuitu personæ</i> y la sustitución .....	12
5. Reglas de conducta: criterios de determinación .....	13
6. La obligación de prestar cuidados tendientes a la curación .....	14
7. Variación de los medios en relación al grado de afectación de los bienes comprometidos .....	16
8. La influencia de la especialidad y el grado de conocimiento .....	18
9. A mayores promesas, mayores exigencias .....	21
10. Los deberes ético-jurídicos .....	21
11. La costumbre y el modelo: la tesis del promedio. La costumbre deseable y la regla local .....	23
12. Hay libertad para optar entre métodos científicamente aprobados .....	28
13. Función pública y deberes hacia terceros .....	29
14. Conflictos con las directivas de la empresa sanatorial .....	30
15. Las circunstancias de tiempo: la urgencia .....	32
16. Las circunstancias de espacio: el médico rural .....	33

II. Casuística: deberes concretos.....	34
1. Discrecionalidad técnica y consentimiento.....	34
2. Deber de revisar las pertenencias del enfermo.....	34
3. Deber de continuar el tratamiento hasta el final.....	35
4. Cantidad de visitas necesarias.....	35
5. Tratamientos demasiado extensos.....	36
6. Deber de efectuar pruebas.....	36
7. Deber de “poseer” medios técnicos.....	36
8. El deber de sospechar: el médico “Sherlock Holmes”.....	36
9. Los resultados a perseguir en el parto.....	38
10. Omisión del examen preoperatorio.....	39
11. Obligación de conocer el contenido de los medicamentos que prescribe.....	39
12. El juzgamiento de acuerdo a la escuela profesional practicada.....	40

## Capítulo XVII

### LA CULPA, EL ERROR Y EL RIESGO DE LA PRESTACIÓN

I. La enfermedad y el error como riesgos de la prestación.....	41
II. Teoría de los riesgos de la prestación.....	43
III. La enfermedad como riesgo de la prestación.....	46
IV. El error culposo en el balance riesgo-beneficio.....	46
V. El error técnico.....	47
1. El error “pequeño” y la culpa levísima.....	47
2. Error y discrecionalidad técnica.....	48
3. El juzgamiento del error.....	50
4. El error de diagnóstico.....	52
5. La prevención del error.....	54
VI. El riesgo económico.....	55
VII. Resumen de las reglas aplicables.....	56
VIII. La situación en Brasil.....	56

IX. Casuística .....	58
1. ¿Parto natural o cesárea? .....	58
2. Fallas habituales .....	58
3. Error en el diagnóstico del cáncer .....	59
4. Abdomen agudo y diagnóstico difícil .....	60
5. Infección oculta y error .....	60
6. El olvido quirúrgico como riesgo profesional .....	61
7. Error de diagnóstico por falta de estudios .....	61
8. Síntomas comunes a varias enfermedades .....	62
9. Error de diagnóstico y daño moral .....	62

## Capítulo XVIII

### LA CULPA Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA

I. Introducción .....	65
II. Obligación de secreto y vida privada (remisión) .....	66
III. Deberes hacia terceros .....	66
IV. Reenvío: la información, la seguridad y la protección contractual .....	69

## Capítulo XIX

### LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

I. Introducción .....	71
1. Caracteres de la imputación objetiva .....	71
2. Casos en los que media imputación objetiva en la actividad profesional .....	74
II. Promesas de resultado .....	75
1. La regulación jurídica .....	75
2. La aplicación en la responsabilidad médica .....	76
III. La obligación de seguridad .....	78

IV. El riesgo o vicio de las cosas .....	80
1. El daño causado con las cosas y por las cosas .....	80
2. El hecho de la cosa .....	82
3. De la cosa a la actividad riesgosa .....	86
4. Los proyectos de reformas .....	88
5. Comprensión actual del hecho de las cosas .....	89
6. Las cosas en la actividad médica .....	91
A) Ámbitos civil y penal .....	91
B) Cosas calificadas como riesgosas en la actividad médica .....	91
C) La actividad riesgosa en medicina .....	93
D) El fundamento en el ámbito contractual y extracontractual .....	94
V. Imputación por daños causados por productos elaborados .....	94
1. Introducción .....	94
2. Las nociones de bien, producto y cosa .....	95
3. Responsabilidad del médico por el uso de los productos elaborados .....	97
A) La situación en el Derecho Comparado .....	97
B) La situación en la Argentina .....	99
VI. Responsabilidad colectiva .....	100
1. El significado de la responsabilidad colectiva .....	100
2. La acción causalmente colectiva .....	101
3. Distintos supuestos de responsabilidad colectiva .....	102
4. Eximentes .....	103
5. Solidaridad .....	103
6. La aplicación al equipo médico .....	103
VII. Los residuos peligrosos .....	104
VIII. Casuística .....	105
1. ¿Los fórceps son cosas riesgosas? .....	105
2. Sida y actividad riesgosa .....	107

**Capítulo XX**  
**EL NEXO CAUSAL**

I. Introducción .....	109
1. La causalidad a nivel de autoría y de extensión del daño resarcible. ....	109
2. Los enfoques actuales de la causalidad. ....	110
II. Causalidad a nivel de autoría .....	112
1. La causalidad física: de la inmediatez a la complejidad .....	112
2. La causalidad médica .....	115
3. Causalidad jurídica y médica: el abogado y el perito .....	116
4. La causalidad jurídica .....	119
A) La causalidad adecuada .....	120
B) La acción humana .....	122
5. Criterios jurídicos para juzgar la causalidad médica .....	123
6. La causación médica y la de la enfermedad. ....	124
7. Causa, condición, ocasión. ....	125
8. Discriminación de la contribución causal de la enfermedad y la acción medical. La conexidad causal .....	125
9. La reparación de las consecuencias mediatas previsibles. ....	127
10. Agravación del curso causal por la conducta del paciente .....	128
11. La creación de una fuente de riesgo como elemento de prueba del nexo causal .....	128
III. Causalidad a nivel de extensión del daño .....	130
IV. Casuística .....	132
1. La opinión de la Corte en las causas “Ahuad” y “Abelenda” .....	132
2. Causalidad en la infección hospitalaria .....	134
3. La relación entre la inyección y la afección al nervio ciático .....	135
4. Relación entre el suministro de anestesia y el paro cardíaco .....	136
5. Lesión del nervio ciático derivada de una artroplastia. ....	136
6. Bradicardia .....	137

7. Recorrido por varios hospitales y causalidad acumulativa .....	137
8. Probabilidad causal: responsabilidad del urólogo en el posoperatorio de un paciente operado de un testículo .....	138
9. La improcedencia de causalidad virtual.....	140

## Capítulo XXI

### EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

I. Introducción .....	143
II. La falta de culpa .....	144
III. El hecho de la víctima .....	145
1. La culpa o el hecho de la víctima .....	145
2. Requisitos para que se configure la eximente.....	146
A) Causa adecuada del daño.....	146
B) Conexidad causal .....	146
C) No imputabilidad del responsable .....	147
3. La interpretación del hecho de la víctima como eximente: su asimilación al caso fortuito .....	147
IV. Particularidades del hecho de la víctima en la responsabilidad médica .....	148
1. Las dificultades del hecho de la víctima en la actividad medical .....	148
2. Hechos previos al tratamiento: el deber de informar .....	150
3. Hechos concomitantes: el paciente con “malos hábitos” que no sigue el tratamiento.....	151
4. Hechos concomitantes: paciente sin voluntariedad. El suicidio del paciente psiquiátrico .....	154
5. Hechos posteriores al acto médico: obligación de disminuir el daño .....	156
6. La susceptibilidad particular de la víctima .....	157
7. La condición preexistente de la víctima .....	157
8. El abandono del tratamiento.....	157

V. El caso fortuito .....	159
1. Imprevisible .....	160
2. Inevitable .....	161
3. Actual .....	161
4. Inimputable .....	162
5. La enfermedad como caso fortuito .....	164
VI. Concurrencia de caso fortuito y riesgo .....	165
VII. Concurrencia de caso fortuito y culpa .....	167
VIII. Casuística .....	169
1. El consentimiento tácito del paciente a través de una larga enfermedad .....	169
2. Renuencia del paciente .....	169
3. La realidad argentina .....	170
4. El tabaquismo de la madre embarazada .....	170
5. Falta de seguimiento de las instrucciones médicas .....	171
6. Los malos hábitos que causan la enfermedad .....	172
7. Incumplimiento del deber de información por parte del paciente .....	173
8. Los hechos del paciente psiquiátrico: fuga, autolesión, suicidio .....	174
9. El cardíaco que hace esfuerzos .....	180

## Capítulo XXII

### LA PRESCRIPCIÓN

I. Concepto .....	183
II. Prescripción y documentación en el Código Civil .....	184
III. El exceso de documentación .....	185
IV. La propiedad de la documentación .....	185
V. Los procesos de prueba volátil .....	186
VI. El riesgo de la incertidumbre a cargo del médico .....	186
VII. La asegurabilidad y la prescripción .....	187
VIII. Nuestras propuestas .....	188

## Capítulo XXIII

### LA PRUEBA

#### **Primera Parte – Teoría general de distribución de la carga probatoria**

I. La carga de la prueba y de la teoría de los riesgos.....	192
1. Los riesgos en una relación jurídica .....	192
2. El riesgo probatorio.....	193
A) Dificultades de acceso a la prueba .....	193
B) La carga como incentivo .....	194
C) Dificultades de producción.....	194
D) La posición probatoria: el problema de la adjudicación eficiente .....	195
E) La posición jurídica: reglas de acceso a la prueba .....	196
F) Posición fáctica. Estrategia probatoria.....	196
G) La previsibilidad de lo dinámico.....	198
3. Los riesgos de la prestación .....	199
4. Conclusión .....	200
II. La carga de la prueba .....	202
1. Noción de carga.....	202
2. Noción de carga de la prueba.....	204
III. Las reglas procesales de distribución de la carga probatoria .....	205
1. La regla que atiende a la posición de las partes en el proceso .....	205
2. La regla normativa: el puente con el Derecho sustantivo .....	206
IV. Las reglas sustantivas de distribución de la carga probatoria .....	207
1. La regla de la normalidad.....	207
2. Reglas derivadas del principio protectorio.....	209
A) El principio <i>pro damato</i> .....	209
B) El económicamente débil.....	210
C) La profesionalidad .....	210
D) La dificultad demostrativa .....	211

3. Reglas del contrato .....	212
A) La prueba del incumplimiento presume la culpa .....	212
B) Obligaciones de medios y de resultado .....	212
4. La influencia de los deberes secundarios de conducta .....	215
A) Deber de información y distribución de la carga .....	216
B) Deber de colaboración y distribución de la carga .....	216
V. Reglas estáticas y dinámicas .....	217
1. La regla general .....	217
2. La flexibilización: teoría de las cargas dinámicas .....	217
3. Diferencias entre cargas dinámicas y mejores condiciones probatorias: roles y posiciones probatorias .....	218
4. La prueba <i>prima facie</i> o <i>res ipsa loquitur</i> .....	220
A) El Derecho Comparado .....	220
B) La adopción en la Argentina .....	224
C) Caracteres y requisitos .....	224
VI. Los proyectos de reformas del Código Civil .....	225
1. El Proyecto de 1987 .....	226
2. El Proyecto de la Comisión Federal .....	226
3. El Proyecto del Poder Ejecutivo .....	227
VII. Conclusión .....	228

***Segunda Parte – La regla de distribución de la carga de la prueba en la responsabilidad médica***

I. La prueba de la antijuridicidad .....	229
II. El consentimiento para actos determinados .....	230
III. La prueba de la culpa .....	233
IV. La prueba del nexo causal .....	235
V. La situación en Brasil .....	242

***Tercera Parte – Medios de prueba***

I. Historia clínica .....	243
1. Caracterización .....	243
2. Requisitos .....	243
3. Documento privado o público: consecuencias probatorias .....	246
4. La propiedad y el acceso a la historia clínica: el hábeas data .....	247

5. La descalificación por irregularidades . . . . .	251
6. La omisión de datos como elemento de inversión de la carga probatoria . . . . .	251
7. El problema de la definición de lo incompleto . . . . .	253
II. Parte anestésico . . . . .	254
III. Conflictos entre documentos probatorios: primacía de los que salieron de la esfera de control. . . . .	254
IV. Pericial médica . . . . .	255
1. Críticas a la labor pericial . . . . .	255
2. Valor vinculante. . . . .	256
3. Metodología . . . . .	257
V. Testigos médicos participantes del tratamiento. . . . .	257

**Cuarta Parte – Casos**

I. La prueba del incumplimiento-culpa a cargo del paciente . . . . .	258
II. El médico debe probar que aportó los medios orientados a la curación . . . . .	258
III. El médico está en mejor posición probatoria . . . . .	259
IV. El accionante está en mejores condiciones de producir la autopsia . . . . .	259
V. La regla de la normalidad: el médico debe probar la necesidad de una cesárea. . . . .	260
VI. La regla del incumplimiento del deber de colaboración procesal . . . . .	260
VII. Resultado insólito o anormal . . . . .	261
VIII. El simplismo en la inversión de la carga probatoria: “entró bien, salió mal” . . . . .	262
IX. El contagio de Sida y la presunción del nexo adecuado . . . . .	265
X. La creación de riesgo como base para la presunción causal . . . . .	266
XI. Historia clínica incompleta. . . . .	267
XII. Historia clínica: falta de anotación del sufrimiento fetal. Responsabilidad del obstetra . . . . .	270

QUINTA PARTE  
**LA RESPONSABILIDAD MÉDICA  
EN LAS ESPECIALIDADES**

Capítulo XXIV  
**CASOS Y ESPECIALIDADES**

I. Introducción .....	275
II. Anestelistas .....	276
1. La relación con el paciente.....	276
2. ¿Obligaciones de medios o de resultado? .....	277
3. Deberes colaterales: examen, información, seguridad.....	279
4. Eximentes .....	281
5. Carga probatoria.....	283
6. La anestesia como cosa.....	284
7. El anestesta en el equipo médico .....	285
8. Ausencia de responsabilidad por la mala actuación de equipos complejos .....	286
III. Cirujanos .....	287
1. La obligación .....	287
2. Intervención quirúrgica ampliatoria .....	292
3. Error .....	293
4. Riesgo quirúrgico.....	295
5. Olvido quirúrgico.....	297
6. Las infecciones en cirugía.....	298
7. Cuidados posoperatorios .....	298
IV. La sangre, el hemoterapeuta, los bancos y la transmisión de enfermedades .....	299
1. La comercialización de la sangre.....	299
2. Carácter contractual del acto de donar. La relación médico-donante .....	300
3. Relación médico-receptor .....	302
4. ¿La sangre como cosa riesgosa? Productos hemoderivados .....	302

5. Imputabilidad subjetiva . . . . .	303
6. Autonomía y autoría . . . . .	304
7. Deber de colaboración y de información del donante . . . . .	304
8. La responsabilidad . . . . .	305
9. Responsabilidad por la transmisión de enfermedades. . . . .	305
10. Derecho del paciente a acceder a la sangre . . . . .	306
11. Los productos hemoderivados. . . . .	306
V. Anatohematólogo . . . . .	307
VI. Medicina alternativa . . . . .	308
VII. Responsabilidad de los peritos . . . . .	310
1. El vínculo con el paciente . . . . .	310
2. El vínculo con las partes. Obligaciones. . . . .	310
3. Responsabilidad . . . . .	312
VIII. El médico forense. . . . .	312
IX. El médico contratado para exámenes . . . . .	313
X. Otorrinolaringólogo . . . . .	315
XI. Oncólogo . . . . .	316
XII. Cardiólogo. . . . .	317
1. El diagnóstico frente a la urgencia cardíaca . . . . .	317
2. Tratamientos agresivos . . . . .	319
3. Las cosas en la cirugía: instrumental, marcapasos . . . . .	319
4. Las chances de curación . . . . .	320
XIII. Médico residente. . . . .	320
XIV. Médico de guardia . . . . .	321
XV. Urgencias médicas . . . . .	324
XVI. Director de clínica . . . . .	325
XVII. Enfermeras y ayudantes sanitarios . . . . .	326
XVIII. Radiólogo y técnico radiólogo. . . . .	330
XIX. Pediatra . . . . .	332
XX. Ginecólogo . . . . .	336
1. La obligación general . . . . .	336
2. El control del embarazo . . . . .	338
3. El parto. . . . .	341
4. Infecciones . . . . .	341

5. Riesgo quirúrgico.....	345
6. Las cosas riesgosas .....	346
7. La responsabilidad por la ausencia de otros profesionales .....	346
XXI. Flebólogo.....	346
XXII. Oftalmólogo.....	347
XXIII. Traumatólogo.....	350
XXIV. Urólogo .....	354
XXV. Odontólogo .....	356
XXVI. Neurólogo .....	357
XXVII. Gastroenterólogo .....	358

## SEXTA PARTE

### LA MEDICINA MODIFICATIVA

#### Capítulo XXV

#### MEDICINA MODIFICATIVA: ESTÉTICA, CONDUCTUAL, GENÉTICA

I. El problema del juzgamiento .....	361
1. El surgimiento de la medicina modificativa .....	361
2. El problema de la finalidad .....	363
3. Arte de cuidar, curar y modificar.....	364
4. La relación médico-paciente: la esfera de la individualidad personal .....	365
5. La esfera social: el paradigma del anclaje.....	366
II. Hipótesis de medicina modificativa .....	367
1. Prácticas con finalidad curativa y no curativa.....	367
2. Prácticas modificativas .....	368
3. Los criterios de juzgamiento.....	369
III. La cirugía estética .....	371
1. Las diferentes concepciones .....	371
A) Evolución: hacia una obligación de resultado .....	371

B) Criterios de tipificación de la cirugía estética . . . . .	372
1) El criterio del alea . . . . .	372
2) El criterio de la finalidad reparadora y estética . . . . .	372
3) Ausencia de enfermedad y mera felicidad. . . . .	373
C) Consecuencias de la obligación de resultado . . . . .	375
D) La tesis de la cirugía estética como obligación de medios . . . . .	377
E) La tesis que prescinde del distingo. . . . .	378
F) La situación en Brasil. . . . .	379
2. Algunas observaciones críticas . . . . .	380
A) La inseguridad jurídica. . . . .	380
B) La regla del mayor rigor y las confusiones . . . . .	381
C) Factor de atribución: conductas y cosas . . . . .	382
D) Problematicidad de las clases de cirugía estética. . . . .	383
E) El problema del resultado . . . . .	384
3. El juzgamiento de la promesa de resultado modificativo. . . . .	385
A) El derecho a la finalidad estética y la oferta . . . . .	385
B) Quién decide si hay medios o resultados . . . . .	386
C) Debe analizarse la oferta medical . . . . .	387
IV. La esterilización. . . . .	389
V. Casuística . . . . .	393
1. Cirugía estética: la inseguridad jurídica. . . . .	393
2. Autorización para esterilización de la paciente. . . . .	395
3. La esterilización frustrada. . . . .	403

## APÉNDICE

### CONGRESOS Y JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989) . . . .	405
Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Civil (Mercedes, 1981). . .	408
Quintas Jornadas Rioplatenses de Derecho. Responsabilidad Profesional (San Isidro, 1989). . . . .	409

Segundo Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1988) . . . . .	411
Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, 1988). . . . .	413
Primeras Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil . . . . .	414
Jornadas sobre Responsabilidad por Productos Farmacéuticos y Medicinales y Primer Encuentro Interdisciplinario (Morón, 1986) . . . .	418
Jornadas sobre Responsabilidad Civil de Productos Fármaco-Medicinales (Morón, 1987) . . . . .	421
Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros (Mar del Plata, 1989). . . . .	428
Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1991) . . . . .	431
 BIBLIOGRAFÍA . . . . .	 439