

# Estado de La Doctrina y la Jurisprudencia en la Responsabilidad Medica

*Celia Weingarten*

Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Argentina

## 1. Introducción.

**E**l ejercicio de la medicina, historicamente, se asentó sobre bases paternalistas, el médico asumía un papel casi sacerdotal, estableciéndose con el paciente una especie de relación divina y científicamente incuestionable, en cuyas manos se encontraban la vida o la muerte del individuo.

El contrato implicaba entonces una situación de sumisión del paciente en la toma de decisiones respecto de su cuerpo y la dirección de la intervención médica; todo quedaba librado a la voluntad del médico. Su carácter sagrado y venerable le confería una situación de privilegio, autoridad e impunidad, que escapaba a todo juicio de responsabilidad.

Ningún lugar había para la negligencia, ni siquiera para el error, y tampoco ninguna diferencia había entonces entre el verdadero supuesto de incurabilidad o aquellos de la mala praxis. La respuesta de la sociedad y de la víctima era la resigna-

## SUMARIO

1. Introducción.
2. Caracterización del contrato médico como de adhesión.
3. El deber de información.
4. El acto médico: la discrecionalidad científica y su adaptación a las circunstancias contextuales del paciente. Su relación con el daño.
5. Sistemática probatoria. Actividad procesal de las partes.
6. La obligación de indemnidad de los establecimientos asistenciales.

ción, el resultado inalcanzado era simplemente calificado como un desenlace inevitable que el paciente debía aceptar como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma.

Hoy día la responsabilidad civil del médico transita por caminos diferentes. Desde esa confianza ciega y falta de cuestionamiento científico-social de entonces, se inicia un camino inverso de desmitificación y quiebra de la inmunidad del que los médicos han gozado hasta no hace mucho tiempo, aun cuando algunos resabios de esa época lamentablemente perduran.

Distintos acontecimientos han signado estos nuevos rumbos, y otros son los escenarios que han contribuido a la evolución de la responsabilidad médica.

Con el vertiginoso desarrollo de la ciencia y tecnología médica operada en la segunda mitad de este siglo, la medicina se vi "sustentada por un mayor aporte técnico y científico, lo que implic" la sujeción del accionar médico a esos principios y métodos establecidos por la ciencia médica. Ello marca un tránsito que va de una concepción autoritaria a otra de tipo "cientificista" de la prestación médica.

A partir de la consagración de los derechos del Hombre, comienza un proceso de afianzamiento de los derechos individuales, que luego evolucionaron hacia el desarrollo de los derechos personalísimos. De ellos se derivan un amplísimo reconocimiento de otros derechos de la persona, otorgando protección a aspectos funda-

mentales ignorados por nuestro Código del siglo pasado, colocando hoy al hombre en el centro del sistema jurídico.

Entre ellos se ubica el derecho a la información, que se incardina en el marco más amplio de la libertad, y tiene una significación instrumental pues a través de ella se posibilita el ejercicio de otros derechos que involucran distintos aspectos de los pacientes, tales como el de disposición del propio cuerpo, su libertad personal, de decidir su vida, etc.

En otro plano, aparece la figura del consumidor, como sujeto necesitado de primordial atención y protección por el derecho, el que se proyecta en diversos ámbitos reclamando esa actitud tuitiva, jerarquizada luego por la reforma constitucional de 1994.

Sin duda se asiste a una evolución de trascendencia en este campo, de la que pretendemos dar cuenta. Dado los límites de este trabajo, solo habremos de analizar algunos de los aspectos más opinables de la responsabilidad médica, para tratar de hacer un aporte más hacia su esclarecimiento.

## 2. Caracterización del contrato médico como de adhesión.

Se trata de una relación que pone de manifiesto una desigual situación jurídica, psicológica y científica de los contratantes, que rompe con el modelo contractual paritario concebido por Velez Sarfield, como un acuerdo que se celebra entre iguales que poseen similar poder de negociación, en libertad.<sup>1</sup>

1. Weingarten Celia en Ghersi Carlos "Responsabilidades Profesionales", vol. 1, pag. 59 y sgtes, Ed. Astrea. Bs. As. 1995.

Uno de los rasgos distintivos de la contratación profesional es el "carácter científico intelectual" de la prestación, en el que prevalece el saber del profesional en un campo del conocimiento ajeno al paciente.

Dado este carácter eminentemente científico que presenta el contrato, desaparece la libertad de configuración de su contenido, al carecer el paciente de los conocimientos científicos necesarios.

Se suma a ello, el propio estado de salud del paciente que reclama asistencia<sup>2</sup>. El individuo enfermo, temeroso por su salud y quizás por su vida, se presenta con frecuencia como "débil, desvalido, dependiente y fácilmente manipulable" por el profesional, en cuya actuación confía, y ello determina que se ponga en manos de su acción curativa, lo que provoca una conducta de **disposición y sumisión del paciente frente a su médico. Es sabido como cualquier enfermedad, por mínima que sea, sume a cualquier sujeto en un estado de indefensión y debilidad psíquica, colocando al profesional en una situación de poder.**<sup>3</sup>

Este condicionamiento subjetivo-objetivo, se coloca en situación de "conexidad" con otro factor de trascenden-

cia: "la influencia psicológica de la confianza en el profesional" en el proceso de curación, no solamente a partir de sus calidades específicas y la consecuente confianza que genera, que influye decisivamente en la eficacia terapéutica, sino que además se convierte, por distintos mecanismos psicológicos, en parte esencial del proceso curativo, ya que es quien promueve y dirige la curación del enfermo.<sup>4</sup>

Esta posición asimétrica de la relación profesional, en la que el paciente asume el rol del más débil frente al **poder científico** del facultativo desequilibrante de la relación contractual, es la que nos permite encuadrarla dentro de la estructura de adhesión de modalidad individual.

El contrato no es ya el resultado de una decisión libre y voluntaria que el consentimiento implica, y poco tiene que ver con la igualdad de los sujetos contratantes que la teoría contractualista postula, sino que es la expresión de la superioridad socio-cultural del facultativo sobre el paciente. No hay entonces un verdadero consentimiento, sino que el paciente solo expresa su asentimiento,<sup>5</sup> y por lo tanto resulta revisable judicialmente.

Dado que el contrato médico se realiza por la estructura de la adhesión, en-

2. Weingarten Celia, Contrato y Responsabilidad Médica: El deber de información y el consentimiento informado (Una visión crítica), Jurisprudencia Argentina, Semanario Marzo 19 de 1997.
3. Consult. Galbraith, John "La anatomía del poder", Ed. Plaza, Janes, Madrid 1985.
4. Jones, Jesse E. v/ Georgetown University Hospital 1964, Corte Federal de Apelaciones del Circuito de Columbia: "Los esquemas normales jurídicos de la relación médico paciente están basados en estructuras jurídicas contractuales o comerciales que se ven debilitadas en situación de urgencia, de vida o muerte. No es claro que el paciente pueda dirigir el tratamiento aplicable bajo limitaciones de las que se deriva irremediamente la muerte".
5. Lipari Nicolo, "Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza", Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1989, pag. 336 "No se trata de un acto volitivo, sino un hecho meramente cognoscitivo de una de las partes. En otros términos, faltaría en tales hipótesis, la formación de un verdadero y propio acuerdo en sentido técnico jurídico".

tendemos que son alcanzados por la regulación de la Ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240.

Sin embargo, dicha normativa establece ciertas exclusiones, entre ellas la de los profesionales liberales que requieren título universitario y matriculación, salvo la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

Siendo la nota tipificante de las prestaciones medicas la conformación por contratos de adhesión, entendemos que solo quedarían excluidos de la aplicación de la ley los contratos con profesionales liberales cuando son de negociación individual y no cuando esos contratos se celebren a través de los contratos de adhesión, que son la mayoría.

Por ende, esa contradicción que la ley presenta debe resolverse hacia su aplicación, confirmando así su finalidad teleológica, que es la de proteger a quienes se encuentran en condiciones de minusvalía genética de esas estructuras negociales.

### 3. El deber de información.

Frente a esta notoria desigualdad que las partes exhiben, en especial el mayor conocimiento científico del profesional, el derecho de información adquiere especial significación pues tiene como finalidad morigerar ese desequilibrio genético-funcional, colocando en manos del paciente una "herramienta de control" para limitar el poder cultural desequilibrante de los profesionales.

La relevancia de la información ha justificado su consagración constitucional,

en su reforma de 1994 que, al reconocer el derecho primario o básico del derecho de acceso al consumo, se incluye una serie de derechos sustanciales, entre ellos a la protección de su salud, seguridad, y específicamente, el derecho a obtener información adecuada y veraz.

En materia de contratación médica, algunas disposiciones aisladas establecen tales deberes informativos, así por ejemplo en materia de trasplantes, sida, y la ley de ejercicio de la medicina Nro. 17.132 que al requerir del paciente conformidad por escrito en las operaciones mutilantes, conlleva implícitamente la obligación de información previa para permitirle ejercer esa facultad.

A partir de tales prescripciones que son aplicables analógicamente, tanto la doctrina como la jurisprudencia son coincidentes en la existencia de un deber legal y contractual del profesional de informar.

Sin embargo, el tema presenta aristas que exhiben una notable complejidad, como es lo inherente al denominado "consentimiento informado", que parte de la doctrina sostiene y que no compartimos, en especial cuando se lo pretende imponer como condición de licitud o eximente de responsabilidad del acto médico.

Dado las características de la relación médico-paciente del que antes dábamos cuenta, entendemos que el consentimiento prestado por el paciente se encuentra sumamente restringido por múltiples factores<sup>6</sup>, como por ejemplo su falta de conoci-

6. Díaz Picazo, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Ed. Tecnos, Madrid 1970, pag. 110: "La voluntad en el consentimiento presupone un perfecto conocimiento del alcance del negocio y la libertad de querer sus consecuencias".

mientos científicos para comprender variables terapéuticas, su propia condición de enfermo, la relación de dependencia y sumisión con respecto al profesional, etc. que condicionan y reducen la capacidad de elegir, decidir, o tomar opciones.

De allí que, como regla general, el consentimiento no tiene la amplitud que estas teorías postulan, porque los pacientes y los médicos no son iguales en cuanto a posesión de información ni a su capacidad de controlar las circunstancias en las que se encuentran. Concretamente, una de las partes está sana y tiene los conocimientos médicos, mientras que la otra está enferma y no los tiene.<sup>7</sup>

Es cierto que la falta de información puede coaccionar las opciones de una persona; cuanto menos información disponga, menos posibilidad tendrá para tomar una decisión, y esto en sí y per se es violatorio de los deberes constitucionales y autónomamente potencial generador de daño.

Aun disponiendo de información, sin embargo, no siempre el paciente es capaz de manejar y comprender la información que se le suministra, ni tampoco puede captar los hechos relevantes de su estado, ni de las posibles alternativas terapéuticas, o comprender el significado de un tratamiento o técnica propuesta.

En la doctrina y jurisprudencia extranjera, la eficacia jurídica del consentimiento es más restringido, y ha expresado

que, "allí donde opere una relación de dependencia, traducida en una marcada inequitatividad en los poderes respectivos de las partes y de la superioridad del más fuerte sobre el más débil, el consentimiento no es genuino. Esta situación de poder se presume en la relación médico paciente, y esto es lo que hace difícil distinguir la coerción y la manipulación, de la simple persuasión, o el consejo de la influencia".<sup>8</sup>

La realidad es que el profesional propone, y el paciente, al no estar científicamente capacitado para comprender el contenido del contrato y tomar decisiones, tan solo se limita a someterse o no al tratamiento que él ha propuesto como el más adecuado.

Por ende, su "eficacia jurídica" es muy limitada, y no constituye una eximente de responsabilidad del profesional, siendo susceptible de ser revisada judicialmente. De otro modo, se correría el peligro de que bajo el "aparente" consentimiento del paciente -generalmente instrumentado en formularios preelaborados- se legitime cualquier práctica médica, convirtiéndose en un mero formalismo, protector corporativo de la mala práctica médica.

Es por ello que dadas las limitaciones científicas y psicológicas del enfermo, entendemos que el contenido de la información solo puede versar sobre los riesgos que el tratamiento conlleva, pero no sobre la técnica o estrategia a seguir, pues esta concierne al contenido del contrato e

7. Beaychamps, Tom L. y Mc Cullough, Laurence B "Ética Médica. Las responsabilidades morales de los médicos", pag. 46 Ed. Labor, Buenos Aires 1987.

8. Linden, Allen M Canadian Tort Law, Ed. Butterworths, Toronto and Vancouver, 1993, pag. 65.

involucra aspectos científicos<sup>9</sup> que el paciente, por no comprenderlos adecuadamente, no puede validamente "consentir".

La función de la información es pues la de dar a conocer los riesgos propios de la estrategia terapéutica que el médico ha considerado como la más apropiada, en forma clara, comprensible y adaptada a la situación socio cultural del paciente<sup>10</sup>, de manera tal que le permita decidir someterse o no al mismo, y esto último con limitaciones.

De acuerdo con lo que venimos exponiendo, cuando el paciente presta su "asentimiento" a un tratamiento o intervención médica, ello no significa la convalidación del mismo y queda abierta la posibilidad de su revisión. Es decir que **no opera como condición de licitud o eximente de responsabilidad del acto médico**. En ese caso, si la estrategia no ha sido la adecuada el facultativo para eximirse de responsabilidad, deberá acreditar que ha actuado de forma diligente e idónea y con adecuado fundamento científico. Fundamentalmente exige la demostración que la terapéutica utilizada no ha sido arbitraria y que dentro de la discrecionalidad científica del que goza y las distintas variables científicas que dispone "ha optado por aquella que cuenta con una mayor idoneidad objetiva", en función de la patología, las circunstancias particulares del enfermo y el desarrollo evolutivo de la medicina (art. 512 CC).

#### 4. El acto médico: la discrecionalidad científica y su adaptación a las circunstancias contextuales del paciente. Su relación con el daño

Emerge para el médico una obligación de hacer consistente en el desarrollo de una conducta técnica y científicamente adecuada, conforme el estado de la ciencia, tendiente a la obtención de cierto resultado, aunque este no pueda garantizarse.

En este sentido, la tendencia doctrinaria y jurisprudencial es que el profesional goza de una amplia discrecionalidad científica<sup>11</sup> – consecuencia de la independencia intelectual inherente a cualquier profesional liberal –, que le permite, en base a un saber actualizado de la ciencia optar entre distintos caminos alternativos científicamente posibles e iguales para actuar sobre determinada patología, previamente diagnosticada.

Una enfermedad puede ser objeto de varios tratamientos, todos con valor terapéuticos, y no puede exigirse al médico la sujeción a un método en particular. Lo importante es que el método o tratamiento debe aparecer como objetivamente como uno de los considerados adecuados para esa enfermedad, teniendo en cuenta el estado de la ciencia, es decir que frente a distintas

alternativas terapéuticas científicas, el médico puede optar por alguna objetivamente idónea de acuerdo a las reglas de la ciencia médica<sup>12</sup> para casos similares descriptos en obras científicas, del cual pueden esperarse determinados resultados.

Esta decisión es en base a un saber médico objetivo e involucra la utilización de terapias habitualmente reconocidas por la ciencia médica, abandonado aquellas prácticas o métodos en desuso, extraños o peligrosos, acorde con el desarrollo científico (referenciado al espacio geográfico de su actuación).

En un segundo paso, y una vez evaluada la posibilidad objetiva en abstracto, el médico debe producir la adecuación subjetiva de aquellos caminos científicos, de acuerdo a la que considere más adecuada, no solo en función a su patología, sino teniendo presente además las circunstancias contextuales condicionantes del paciente, su estado de salud, aspectos económicos, culturales, ambientales etc. que influyen y limitan el accionar profesional.

La mayoría de los conflictos de la responsabilidad médica son causados por la organización en la prestación, insuficiencia de materiales humanos, técnicos, etc, en la que el médico solo actúa como detonador del daño, imputándosele luego una responsabilidad que no le corresponde<sup>13</sup>. De allí que hoy día la responsabilidad del médico debe ser estudiada no aisladamente sino

dentro de la estructura en que desarrolla su profesión, como ya nuestro más Alto Tribunal pusiera de relieve al diferenciar al profesional aislado del que ejerce en el contexto de una obra social<sup>14</sup>.

Con frecuencia el profesional de la medicina debe rectificar o elegir terapéuticas conforme a los medios económicos directos (coberturas de obras sociales o empresas privadas) o indirectas (capacidad de pago del paciente frente a aparatología, farmacias, etc.) que luego repercuten en la salud del paciente (causa en el paciente). Ello se encuentra relacionado con los condicionamientos del segmento causal, en la que se deben ponderar algunos otros condicionamientos que tienen relevancia en la producción del daño, que si bien no alcanzan a caracterizarse como causa – causa adecuada – y permanece en calidad de condicionante, inciden en la producción del daño.

Dado estos condicionantes contextuales, la valoración de la conducta discrecional médica, debe ser efectuada en un doble sentido, no solo en función de la ciencia médica actualizada, – en abstracto – sino también valorando el estado de cosas y el contexto en que el acto médico es emprendido, con los recursos y posibilidades que haya tenido el profesional en concreto, es decir conforme las circunstancias de lugar, tiempo y persona. (condicionantes contextuales).

9. Weber, Max "Law in Economy and Society", Ed. Harvard University, 1954, pag. 323: "El conocimiento es el instrumento de una o más personas para realizar su propia voluntad contra la voluntad de otro u otros que participan del mismo acto".

10. Corte Suprema de Buenos Aires, "Kaspar v. Sanatorio Mitre", K 24 XXIV.

11. Weingarten Celia y Ghersi Carlos "La discrecionalidad de la estrategia terapéutica. La responsabilidad del Estado por la seguridad de los pacientes en los hospitales". Voz de la doctrina sobre la Jurisprudencia, Nro.1, año 1997.

12. Barreiro Agustín Jorge "La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica", pag. 47 Ed. Tecnos. Madrid. 1990.

13. Lorenzetti Ricardo, "Nuevos enfoques en la responsabilidad profesional", La Ley, ej. del 5/7/1996.

14. Corte Suprema, Marzo 29-1984, González Orono de Leguizamón, Norma M. c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines, La Ley 1984-B-389.

De allí que el concepto de discrecionalidad científica es sometida actualmente a un proceso de revisión crítica, acorde con un criterio más realista que descansa no solo en una valoración puramente objetiva del acto médico, sino en función de esos otros factores que también forman parte de esa realidad y de las que no puede prescindirse. El médico forma parte de su entorno al que debe necesariamente adaptarse; sus actos no dependen solo de él sino de circunstancias externas que lo trascienden y condicionan, afectando inclusive su libertad.<sup>15</sup>

El tema se encuentra ligado con la relación de causalidad, en la que la valoración del hecho humano médico asume relevancia para poder establecer cuando un comportamiento puede causar adecuadamente un resultado para efectuar la atribución de responsabilidad.

Si el médico actúa conforme un criterio de discrecionalidad científica, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo optando por alguna de las variables objetivamente idóneas de acuerdo a las reglas de la medicina conforme una adecuación a la naturaleza de la patología, características del paciente y recursos materiales y económicos existentes, no introduce causalidad alguna para la producción del daño.

En ese caso el resultado lesivo no puede serle atribuido a su acción u omisión,

sino a la propia causalidad natural del paciente (su enfermedad) o a condicionantes tecnológicos, económicos, regionales, etc., es decir desplaza la causa y lo coloca fuera del accionar médico.

El paciente asume entonces el riesgo de su enfermedad y también el riesgo del tratamiento, realizado con condicionantes inadecuados no dependientes del médico. Ello sin perjuicio de que el daño pueda ser atribuido al ente asistencial, hospital, empresa de medicina, etc.

### 5. Sistemática probatoria. Actividad procesal de las partes.

Una de las cuestiones más debatidas es sin duda lo atinente a la problemática de la carga probatoria.<sup>16</sup> La jurisprudencia durante mucho tiempo y casi en forma unánime, sostenía que la prueba estaba en cabeza del acreedor o de la víctima que lo alega en toda su extensión. Actualmente el tema ha sufrido una importante evolución y fraccionamiento. El estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, es que el médico debe contribuir con la carga probatoria, y en especial en la prueba del antecedente y la relación de causalidad, que configuran los hechos centrales para la reparación del daño.

Quien pretende la reparación debe alegar, acreditar y probar el hecho genera-

do, la existencia del daño, y estalecer que esta "consecuencia" ha sido generada por el "hecho tal cual lo reconstruyó".

A su vez, el demandado tiene que realizar una conducta procesal "activa de colaboración" – porque es de su interés – en la reconstrucción histórica del hecho causal, y "destruccionista" en cuanto a ligazón-causalidad – de aquel hecho con el daño. Es decir, debe alegar y probar que el daño est fuera de su accionar (vg. caso fortuito, fuerza mayor, culpa de un tercero por el cual no debe responder, etc.); o bien atacando la no reparabilidad del daño, vg. el daño era previsible pero inevitable.

Desde el enfoque procesal, la necesidad de que ambas partes concurren a la carga de la prueba encuentra su fundamento en la aplicación de las reglas procesales, correspondiendo no solo a quien **afirma** un hecho, sino también a quien **niega** su existencia.

En suma, quien **alega** un hecho debe probarlo, de modo tal que cada parte debe postular y probar los presupuestos de hecho de la norma jurídica que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Se trata de una carga procesal que aparece no solo como un deber jurídico, sino como un imperativo del propio interés. Es una facultad que se le adjudica a las partes para avalar su interés, e implica que, de no hacerlo, se asumirán las consecuencias.

Este criterio encuentra sustento además en el deber de colaboración y bu-

na fe (art. 1198 CC), de cuyo cumplimiento no queda exento ninguno de los litigantes, más allá de su posición en la litis.

Otro sector doctrinario y jurisprudencial trata de paliar la situación de la víctima frente a una mejor posición basada en el privilegio del facultativo,<sup>17</sup> por tratarse de una vinculación procesal jurídica que enfrenta a un experto y un profano en la materia (las llamadas cargas probatorias dinámicas). Dada la naturaleza de los hechos que se ventilan, relacionado con aspectos técnicos científicos que el paciente no puede conocer ni valorar con la precisión científica, se entiende que sobre él debe pesar la carga de alegar y demostrar el desarrollo fáctico-científico de la conducta realizada, evitando colocar al paciente en desigualdad de condiciones.

Conforme lo expresado, corre por cuenta del médico la prueba de su obrar discrecional. En este sentido, debe primero acreditar que la estrategia elegida es una alternativa de la ciencia médica (presupuesto objetivo), y que entre varias opciones posibles vigentes, ha optado por un método con sustento científico; segundo, que ha realizado un análisis de adaptación en función de la tipología de la enfermedad y las circunstancias condicionantes externas del caso.

Por consiguiente, la acreditación del acto discrecional médico conduce a desconectar el resultado dañoso del hecho profesional; el daño no es ya la consecuencia

15. Martínez García, Jesús Ignacio "La imaginación jurídica", Ed. Debate, Madrid 1992, pag. 129: "La teoría de sistemas reorienta el principio de acción clásicamente ligado al sujeto aislado y lo sustituye por la perspectiva de sistemas sociales de acción. La subjetividad del individuo racional y todo el aparato conceptual abstracto ligado a ella – decisión, intención, fines, elección de medios apropiados o no, previsión de consecuencias – aparece reformulado. El problema del orden social ya no se plantea en términos de una convergencia de voluntades, sino de una construcción social de estructuras cuyo último elemento es la acción"

16. Weingarten Celia, Ghersi Carlos, "Responsabilidad médica: La doctrina en casación de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina T 1993-II-891.

17. "Tratándose de una acción por daños y perjuicios derivados de un hecho médico, si bien ambas partes deben acreditar sus derechos y desvirtuar sus obligaciones, como forma de colaborar en el logro de una aplicación justa del derecho, es evidente que la carga pesa sobre quien se encuentra en mejor situación para producir pruebas, en el caso, el médico, ya que es quien tiene los conocimientos técnicos necesarios para explicar los hechos ocurridos y la vivencia directa de ellos". CNCiv. Sala I Octubre 25-990 ED 141-285.

de su conducta, con lo cual "outro" sera el "hecho generador", el que puede obedecer a la causalidad de la victima (vg. causa predisponente en el organismo del paciente), u factores condicionantes externos, vg. causa fortuito o fuerza mayor, o bien a otras situaciones objetivas ajenas al obrar medical o provenientes de la organizacion hospitalaria.

Como vemos, no se trata que el actor deba probar la culpa, ni tampoco implica inversion de la carga probatoria para el profesional, sino que es la verificacion objetiva de la conduta cientifica del facultativo, que de producirse, ubican la causa del daño fuera de su órbita.

De este modo, la reconstruccion del hecho causal cobra trascendencia y no se hace necesario introducirse en el plano de la culpabilidad que aparece como deducción de logica juridica que el daño se encuentra fuera de su accionar; se impide que se concrete su responsabilidad al no configurarse los presupuestos básicos de la reparación.

## 6. La obligación de indemnidad de los establecimientos asistenciales

Los establecimientos asistenciales asumen frente al enfermo una obligación tácita de indemnidad que le asegura la prestación de un adecuado servicio, preservándolo de eventuales fallas del sistema.

La tendencia actual es la objetivacion de la responsabilidad de los establecimientos asistenciales, ya sean publicos o privados. En este sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia es la de interpretar en forma mas restrictiva los supuestos de culpa del medico que presta servicios en los Hospitales Publicos, pero a la vez amplia considerablemente la responsabilidad de estas instituciones publicas en terminos objetivos, sobre la idea de una deficiente organizacion del servicio.

Frente a este "deficiente funcionamiento del servicio" el Estado responde directa y objetivamente, pues hace a su propia funcion, y no a la actuacion del profesional o dependiente pues parte de una situacion objetiva de falta o deficiencia del servicio que el Estado por mandato constitucional debe garantizar pues constituye uno de los fines esenciales y propios del Estado que justifican su propia existencia<sup>18</sup>. De tal modo, si el servicio no funciona, o funciona tardiamente, queda atrapada la responsabilidad estatal por omision, lo cual cada vez mas se va a dar en el final de la decada por la destruccion de las herramientas con que el Estado presta sus **funciones sociales indelegables** (hospitales, instrumentales, etc.)

Lamentablemente la ficcion de la relacion de causalidad adecuada<sup>19</sup> no nos

18. "Quien contrae contrae la obligacion de prestar un servicio - en el caso, de asistencia a la salud de la población-lo debe hacer en condiciones adecuadas para cumplir el fin en funcion del cual ha sido establecido y que es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o su ejecucion irregular", Corte Suprema Justicia Diciembre 11-1994. Brescia Noem! L. c/ Pcia. de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios. Jurisprudencia Argentina 1997-II, sintesis.

19. Idem nota 15, pag.80.

permite avanzar en la verdadera causalidad condicionante<sup>20</sup> que se eleva al umbral superior de los funcionarios que deben por la Constitucion Nacioal organizar adecuadamente el Servicio, vg. el Ministerio de Salud, y de esta forma el sistema logr" hacer eludir la verdadera responsabilidad.

Principios similares son aplicados en el **ambito de los servicios privados**. Resulta interesante señalar que un sector importante de la doctrina extranjera<sup>21</sup>, siguiendo las corrientes mas modernas en materia de responsabilidad, considera al establecimiento asistencial privado como una **empresa de servicios medicos**, introduciendo el moderno concepto de **empresa o ejercicio de una actividad de empresa**, como un factor autónomo atributivo de responsabilidad.

El fundamento es que se trata de una **actividad económica empresarial**, de donde de la responsabilidad del establecimiento

asistencial resulta de la misma estructura económica y jurídica de su organización, lo que juridicamente se traduce en la imputación a su patrimonio de las actividades que realiza. El hecho de tratarse de una empresa que actúa con finalidad de lucro a traves de la prestacion medica que desarrolla, impone correlativamente la obligacion de cargar con los daños que con tal actividad produzca.<sup>22</sup>

Esta tendencia objetivadora de la responsabilidad constituye un fenomeno mundial actual, mas acorde con los principios de equidad y proteccion a la victima, y tanto la doctrina y jurisprudencia extranjera<sup>23</sup> han enfatizado sobre el derecho de los usuarios a un concreto funcionamiento del Hospital Publico en los terminos que acabamos de enunciar, y sobre el cual existe una copiosa jurisprudencia, especialmente en el derecho frances, denominada "faute de service".

20. Michel Foucoult, "Discurso, poder y subjetividad", pag. 46 y ss. Ed. El cielo por asalto, B.As. 1995.

21. Memeteau Gerard "La responsabilite civile medicale en droit compare francais et quebecois", Universite Mc. Gill, Montreal, 1990, pag.120.

22. Ghersi Carlos A. La actividad económica como factor atributivo de responsabilidad, en obra "La responsabilidad". Homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg, pag. 346, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. 1995.

23. idem nota 21, pag.119