

ASPECTOS LEGALES DE LA ANESTESIOLOGÍA

GRACIELA C. WÜST *

En nuestro país (Argentina) como en casi la mayoría de los países cuyo derecho civil viene del Derecho Romano Continental Europeo, la responsabilidad de los médicos es, en casi la totalidad de los casos, de origen contractual, de manera que la responsabilidad que pueda caber al galeno provendrá –en la mayoría de los casos–, de su imprudencia, impericia o negligencia, es decir, que responderá subjetivamente (es decir por su obrar o por su omisión) a título de culpa o dolo, pues la prestación prometida será la de poner a disposición del paciente todos los medios de los cuales se sirve el profesional para aliviar la dolencia del paciente o tratar de lograr su curación, pero sin poder prometerla (conf. Ley de Ejercicio Profesional de la Medicina 17.132) (obligación de hacer que consiste en poner a disposición los medios apropiados conforme la patología que presente el paciente). Solo en aquellos casos en los cuales la obligación de hacer resulte en prometer un resultado determinado (v.gr. un análisis de sangre, o una cirugía de embellecimiento) se presumirá la culpa del médico, invirtiéndose la carga de la prueba, de manera que será el médico quien tenga que probar que de su parte no hubo culpa. Es decir, que no responde por su hacer o no hacer, sino por no haber cumplido el resultado que prometió y sólo podrá eximirse de responsabilidad probando la culpa del paciente, la ruptura de la relación causal o la culpa de un tercero por quien no debe responder, lo cual constituye una responsabilidad de tipo objetivo¹.

Además de ello, en la Argentina, se aplica, desde hace ya varios años, una creación pretoriana proveniente de la doctrina y posteriormente la jurisprudencia, denominada “teoría de las cargas dinámicas de la prueba”

¹ Al respecto, ver *Código Civil anotado*, LAMBIAS- ALTERINI, comentario al art. 1197 p. 147 ap. 5) y ALTERINI, Atlío A., *Contratos... Teoría general*, Abeledo Perrot, 1998, ps. 128 y ss.

conforme la cual, en la responsabilidad profesional en general –y en la médica en particular– siendo el profesional (frente al profano) quien está en mejores condiciones de probar, se le exige también la prueba de su no culpa, aun cuando responda subjetivamente (es decir, aun cuando el actor –damnificado por la práctica o prestación– deba probar todos los extremos de la acción de daños (incumplimiento de una norma o de un deber jurídico, existencia de daño resarcible, relación de causalidad entre el hecho que se imputa y el daño producido, y el factor de imputación por el cual se impone al responsable la autoría material (subjetiva) o jurídica (objetiva) del daño).

Como vemos, la responsabilidad civil de los médicos es una cuestión cuya importancia no puede ser desdeñada en el ámbito medical, aun cuando su estudio corresponda a otra ciencia del conocimiento como es el derecho. Ocurre que mayoritariamente, los pacientes creen que la medicina es una especie de ciencia exacta, y que el médico es una suerte de oráculo que nunca se equivoca, y a quien nada puede salirle mal. Sin embargo, quienes sabemos de esta profesión (sea desde el ejercicio diario, sea desde su estudio a través de las normas jurídicas) sabemos cuántas veces el azar y las concausalidades propias que puede traer el paciente y que resultan imposibles de prever, hacen que una práctica que se ha hecho infinidad de veces, no resulte como se esperaba y cause daños al paciente, algunos de tal magnitud que pueden ocasionar su óbito. Por eso desde antiguo, la medicina es considerada “un arte”, regida por las leyes del arte (*lex artis*).

La anestesiología no escapa, por cierto, a todas estas consideraciones genéricas que en prieta síntesis hemos esbozado, siendo un primer aspecto legal a abordar el relativo a si se trata de una obligación de medios – poner a disposición del paciente los medios para lograr que no sienta dolor durante el acto médico propiamente destinado a la curación o al estudio a realizar, sin que ello implique un daño posterior como consecuencia del mismo, o de resultado: lograr que el paciente no sienta ningún dolor y no tenga ninguna afección posterior como consecuencia del acto anestesiológico.

Parte de la doctrina entiende que, como no se trata de una especialidad destinada a curar enfermedades, sino de un medio para lograr que otras especialidades puedan hacerlo, se trataría de una obligación de resultado, el que consistiría en dormir al paciente para que se puedan ejecutar las demás prácticas médicas (v.gr. cirugías).

Sin embargo, la cuestión no es tan simple. La anestesiología, es una rama de la medicina especializada en la atención médica de los pacientes sometidos a procedimientos medico quirúrgicos, obstétricos o de otra índole, en estado de inconsciencia, insensibilidad al dolor, al estrés

emocional o a una combinación de los anteriores. Su acción concreta es mediante la administración, por distintas vías, de sustancias farmacológicas, las cuales son, en su mayoría tóxicas y aún mortales si se excede la dosis que se debe utilizar según cada paciente y sus antecedentes. También se dedica al cuidado y protección de las funciones de sistemas vitales como el nervioso central, el nervioso autónomo, el cardiovascular, el respiratorio, el hepatorenal y el hematopoyético, con el propósito de mantener la homeostasis del organismo durante el acto anestésico, extendiéndose sus funciones al cuidado de pacientes sometidos a procedimientos diagnósticos o terapéuticos, al tratamiento del dolor agudo y crónico y al manejo de enfermos graves a solicitud del médico a cargo de la Unidad de Cuidados Intensivos. Es en razón a esta multiplicidad de incumbencias que excede el mero “dormir al paciente” que esta especialidad es considerada, por la mayoría de la doctrina como de “alto riesgo”, además de concluirse que los actos anestesiológicos no son obligaciones de resultado, sino de medios, es decir, que – dada la cantidad de variables y concausalidades que pueden incidir en el acto anestésico, resulta imposible exigirle al profesional que prometa un resultado.

En forma general, y especialmente en Latinoamérica, esta especialidad médica ha sido de las que más ha generado casos judiciales, exigiéndose responsabilidad civil del anestesiólogo por mal actuar. Sin embargo, los adelantos científicos relacionados con la formación constante de los especialistas normatizados si se quiere por las Federaciones científicas a nivel nacional, regional y mundial, las nuevas drogas y los adelantos tecnológicos en la aparatología aplicada a esta especialidad, han reducido notablemente la mortalidad y la morbimortalidad de la misma.

Sin embargo, aún hay mucho por andar, y el camino que en todo el derecho de daños se ha emprendido es el de la prevención de los daños, mas que el de la reparación, ya que muchos daños no pueden ser reparados, entre ellos, palmariamente, la pérdida de la vida humana.

En primer lugar, debe distinguirse los eventos adversos que pueden darse en el ejercicio de la anestesiología, de los casos de claro error médico. Ello así, ya que la responsabilidad del médico especialista en anestesiología es cada vez mayor en un proceso que va desde el estudio y valoración del paciente previo a la aplicación de la anestesia, para seleccionar el procedimiento de menor riesgo y más apropiado a cada situación; la aplicación correcta y oportuna del mismo, vigilando permanentemente las condiciones transoperatorias del paciente hasta la recuperación postanestésica, que implica la eliminación del estado provocado y la estabilidad completa de sus funciones.

En los últimos años una buena parte de los *leading case* más estudiados corresponden a procesos interpuestos por mala praxis médica, sustentada en gran medida por el error médico. Precisamente la definición y alcance del error médico ocupa un lugar significativo en los estudios de responsabilidad civil. La determinación de las reglas de conducta del médico conforme con la *lex artis* y los límites de tal actuación resultan de inevitable precisión, si se quiere perfilar el umbral que traspasa el médico y que le lleva a responder por el ilícito dañoso de carácter civil en que incurre.

En este orden, recibe primordial importancia la visita pre anestésica, en tanto permite, a través de una adecuada anamnesis, determinar los exámenes clínicos y test pre anestésicos indispensables, a punto tal que su omisión puede ocasionar responsabilidad del especialista, sobre todo cuando no se ha detectado, por haberlo omitido el profesional, una anterior hipersensibilidad a las drogas anestésicas. O antecedentes familiares o personales de intolerancia o alergia a anestésicos locales, asma, disfunciones respiratorias, malformaciones, o, por caso, hipertermia maligna.

Esto permite además el cumplimiento de la información sanitaria que la nueva ley de derechos del paciente obliga a insertar en la HC, la que ha sido definida como aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos. La descripción de la información en los términos referidos abreva claramente en los calificativos que emplean la Constitución Nacional, al referirse al derecho del consumidor a la información (“*los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho... a una información adecuada y veraz*”), y la propia ley de defensa del consumidor al regular dicho derecho en su art. 4 (“*el proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee... La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión*”). Los tres calificativos empleados en la nueva Ley para referirse a la información (“*clara, suficiente y adecuada*”) lucen razonables a luz de los bienes jurídicos tutelados por la misma.

Otra cuestión a tener en cuenta es la que corresponde al riesgo propio de la práctica, situación que en la anestesiología es crítica, ya que hasta las prestaciones mas sencillas llevan implícitas un riesgo propio que no depende de la praxis médica.

Cobra así importancia el llamado “Consentimiento Informado”, pues es la forma jurídica por la cual el médico puede trasladar el riesgo

propio de la práctica al paciente. La ley define al consentimiento informado como la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: *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.

Asimismo, la ley declara la obligatoriedad del consentimiento previo informado del paciente para toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, y consagra, como principio general, la forma verbal del mismo, salvo los siguientes casos, en los que se dispone la forma escrita y suscrita: *a)* internación, *b)* intervención quirúrgica, *c)* procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, *d)* procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la ley, *e)* revocación del consentimiento. La manifestación verbal del consentimiento como principio general y salvo las excepciones que marca la ley, presenta beneficios indudables para facilitar la tarea de los profesionales pero plantea problemas de difícil solución cuando surja la necesidad de probar que el mismo ha sido debidamente otorgado.

Para finalizar esta aproximación jurídica, referiré a continuación un caso fallado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, en el cual hubo juicio penal y luego acción civil por daños y perjuicios.

El paciente relató que a los 13 años sufrió una lesión en el fémur derecho que derivó en una operación a los 19 años de edad y que a los 49 años de edad, debido a molestias en la pierna derecha, recurrió a la C.A., según lo informado por su obra social, y que allí le asignaron para su atención al traumatólogo, Dr. M. Destacando que hasta ese momento no tenía imposibilidad de movilizarse porque su pierna izquierda estaba en perfectas condiciones.

Que con fecha 19/9/2001, fue intervenida quirúrgicamente y se le implantó una prótesis en la cadera derecha, que el jefe del equipo médico fue el Dr. M. y la anestesia estuvo a cargo del Dr. B. y que luego de la intervención, despertó de la anestesia con fuertes dolores en ambas piernas y le comunicó al Dr. M. que no tenía sensibilidad en la pierna izquierda. Dijo que el profesional mencionado le manifestó que era normal por el tipo efecto

de la anestesia y que “ya se le iba a pasar”, que era una cuestión de tiempo y que volvería a caminar normalmente, lo que jamás ocurrió, ya que a la fecha de iniciación de la demanda tenía lesiones radicales graves con un cuadro monopléjico prolongado del miembro inferior izquierdo, que presentaba secuelas de dicha complicación radicular lumbar (paraplesia) que afectaba a los miembros inferiores. Atribuyó estas dolencias a la cirugía y a la anestesia.

En el desarrollo del juicio, el perito traumatólogo brindó una explicación plausible que nada tenía que ver con la anestesia, referida a una concausa anterior a la cirugía que podría haber provocado la dolencia, en tanto el perito Anestesiólogo descartó que el daño pudiera ser consecuencia de la anestesia peridural, pues esta era una práctica sencilla que prácticamente no tiene riesgos.

No obstante ello, el tribunal, puesto a decidir, y aun cuando ambos médicos habían sido sobreseídos en la causa penal, consideró que: “en primer lugar, mas allá de lo dicho por el perito, el médico anestesiólogo debió probar fehacientemente acerca de que todo se debió a una complicación ajena a su obrar profesional –cosa que no hizo–, con lo cual la culpa debía recaer sobre su obrar”.

Señaló además, que esa conclusión se veía fortalecida por dos razones: “En primer lugar, según el perito Dr. R. (perito anestesiólogo), la técnica de la anestesia peridural (aún por catéter continuo) normalmente no presenta complicaciones y es una técnica segura. Según el curso ordinario de las cosas (art. 901 C.C.) no se producen lesiones como las padecidas por la actora. *El codemandado B. (Anestesiólogo) no ha producido prueba que indique lo contrario. Es decir, no ha acreditado que la técnica de la anestesia peridural continua sea sumamente riesgosa, lo que estaba a su cargo, ya sea por entender que se trataba de un hecho fundante de su defensa (art. 375 C.P.C.) o por aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba arriba señalada.* De ahí que la inferencia lógica –que se deriva fundamentalmente de la prueba pericial– es que, si la complicación se ha producido es porque ha habido una mala praxis en la aplicación de la misma.

La segunda razón –íntimamente ligada a la anterior– es que si efectivamente la técnica de la anestesia peridural era riesgosa, *el Dr. B. debió informar adecuadamente sobre ello a la actora antes del acto quirúrgico, y obtener, en ese caso, de su parte el consentimiento para que se llevara a cabo. Es decir, debió mediar consentimiento informado por parte de la paciente, y, según surge de autos, no existió.*

En efecto, en primer lugar no adujo el Dr. B. al contestar la demanda que hubiera tenido una entrevista con la actora previa a la operación en la cual le explicara el método anestésico que se utilizaría y los riesgos que implicaba. Antes bien, surge de la historia clínica obrante a fs. 491/538 que la entrevista se realizó el mismo día del acto quirúrgico, dejándose constancia de los datos clínicos de la actora en la “*ficha de evaluación pre anestésica*” (fs. 493). De ninguna parte de este instrumento surge que se hubiera informado a la paciente acerca de los riesgos del método anestésico que le aplicaría y su consentimiento a que se llevara a cabo.

De tal circunstancia se deducen dos alternativas posibles: *a*) el método no era nada riesgoso, con lo cual se fortalece la hipótesis de que existió mala praxis en su aplicación, o *b*) era riesgoso, caso en el cual debió informarse previamente a la paciente para que decidiera acerca de si estaba dispuesta a correr el riesgo que la técnica implicaba, tal como adujo el Dr. B. en la audiencia llevada a cabo ante ese tribunal. Las dos conducen a la atribución de responsabilidad del médico anestesista.

La obligación de informar previamente al paciente sobre los riesgos de la operación y de que el mismo consienta que la misma se lleve a cabo está actualmente plasmada en la ley 26.529 (arts. 5 y 6, texto ley 26.742). No obstante, doctrina y jurisprudencia con anterioridad sostenían que se desprendía de la ley 17.132 de ejercicio de la medicina (art. 19) y del principio de buena fe que debía regir la relación médico-paciente (ver: HIGHTON, Elena y WIERZBA, Sandra, *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003; HOOFT, Pedro Federico, *Bioética y derechos humanos*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 101: cap. “El consentimiento informado. Perspectivas jurídicas y bioéticas”; KRAUT, Alfredo Jorge, “Deber de información y derecho a la información”, *JA* 1992-II- 832, entre otros).

En definitiva, como ya he dicho, si la técnica anestésica aplicada no era riesgosa, debe inferirse que la “complicación” se debió a la mala praxis médica, y si efectivamente lo era, el médico anesthesiólogo debió informar previamente a la actora sobre el particular y obtener su consentimiento informado, siendo de resaltar, además, que no se trató de una operación de urgencia. Por ambas vías se concluye que debe responder. Como conclusión, digamos que, al no probar el anesthesiólogo su no culpa en la producción del daño que se le atribuía, conjuntamente con la omisión de efectuar la visita pre anestésica y dejar constancia de las condiciones de la paciente en la HC, y de obtener el consentimiento informado en el cual se detallara acabadamente y en forma comprensible para la paciente el procedimiento quirúrgico elegido, sus ventajas en relación a otros procedimientos

anestésicos y las complicaciones posibles detallado el porcentual de acaecimiento, al no poder probar fehacientemente la causa de la dolencia, la misma le fue adjudicada al médico anesthesiólogo quien resultó condenado al pago de la suma de \$ 262.000 (pesos doscientos sesenta y dos mil).

Ningún método anestésico es “nada riesgoso”, con lo cual el anesthesiólogo debe, en su caso, anotar al paciente del porcentaje de riesgo que cada uno conlleva, en lenguaje que el paciente comprenda, para así desplazar el riesgo propio de la práctica al paciente, quien si decide hacerse la cirugía o práctica que requiera de anestesia, deberá asumirlo.

Ahora bien, el llamado “Consentimiento informado”, como deber secundario que le es impuesto al profesional médico a los fines que el paciente o su representante puedan prestar válidamente su consentimiento, resulta ser, necesariamente, a la par que un deber del médico, un “derecho” del paciente.

Antiguamente, y desde el punto de vista de la concepción tradicional de la ciencia médica, basada en la llamada “Autoridad de Esculapio” según la cual, sólo el médico estaba en condiciones –debido a su preparación científica–, de decidir qué tratamiento era mejor para el paciente, el médico cumplía con su obligación decidiendo cuál era el tratamiento que consideraba debía aplicarse, y llevándolo a cabo conforme las reglas de la ciencia o arte de curar. La explicación al paciente o sus familiares no era un deber que correspondía al médico, y por lo tanto, no era parte integrante de la *lex artis*. El acierto o desacierto de la “prescripción” era analizado solo *ex post facto*, si eventualmente el paciente resultaba dañado por la misma y solo ante la sospecha de una “mala praxis” o violación a la *lex artis*.

Sin embargo, y sobre todo luego de la segunda Guerra Mundial, los imperativos éticos y bioéticos elaborados por la propia ciencia médica, determinaron la ineludible necesidad de incluir –como correlato al derecho de información del paciente–, la obligación del médico de informar, y esa obligación le es requerida al médico, no solo por un imperativo legal de la ley civil, sino también como requisito propio de la *lex artis*, considerándose actualmente que constituye un acto clínico más².

² GALÁN CORTÉS, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios Sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, señala que el deber de información del médico comienza a ser tratado a fines del siglo XIX por parte de la doctrina alemana, que mereció luego un notorio desarrollo en la jurisprudencia del dicho país, del cual paso a Francia y Estados Unidos de Norteamérica. La primera sentencia que se conoce acerca de esta cuestión tuvo lugar en los Tribunales de las Islas Británicas, en el caso “Slater v. Baker & Stapleton”, en 1767. En 1906, el Tribunal supremo de Illinois (EE.UU.) limitó los casos de “consentimiento implícito” a aquellos en que hubiera una cuestión de urgencia vital, y a aquellos el paciente

Correlativamente, y como consecuencia del desplazamiento de la decisión de tipo “*paternalista*” adoptada solo por el médico, a la decisión autónoma del paciente o su representante, sobre la base de una previa y completa información, es justo que la asunción del riesgo se desplace del médico al paciente.

Así como parece justo que el paciente que desconoce *ex ante* los riesgos posibles a que se va a enfrentar, no los asuma, pues no tuvo oportunidad de decidir, también es justo que, debidamente advertido de ellos, y dejada a su decisión el asumirlos o no, sea él quien corra con los mismos.

El desplazamiento del riesgo en términos de “*justicia*” no es caprichoso, ya que resulta ser uno de los principios del modelo teórico en bioética más difundido, cual es el de BEAUCHAMP y CHILDRESS, cuyos principios son: la autonomía (parte central de la concepción que sostiene el consentimiento informado), la “*beneficencia y la no maleficencia*” y la “*Justicia*”³. El concepto de autonomía relacionado con la capacidad de decisión, importa siempre la asunción de responsabilidad. El hombre es responsable de las decisiones que adopta.

expresamente dejaba en manos del médico la decisión (“Pratt v. Davis”). En 1914, el voto del Juez CARDOSO, del Tribunal de New York, establece que “todo ser humano en edad adulta y juicio sano tiene derecho a determinar lo que se debe hacer en su propio cuerpo, por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión por la que se pueden reclamar legalmente daños” (“Schloendorff v. Society of New York Hospital”) Por su parte, uno de los primeros textos que impusieron la obligación de obtener el consentimiento del paciente para los actos de investigación médica, fue promulgado en Alemania en 1931, bajo el título “Directivas concernientes a las terapéuticas nuevas y a la experimentación científica del hombre”. En 1947, el Código de Investigación utilizado para los crímenes del Régimen Nazi referidos a investigación, estableció que “el consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. En este orden, cabe señalar también que culturas de nítido corte paternalista como la japonesa se han volcado también hacia criterios de autonomía, como parece indicarlo la famosa sentencia de la CS de Japón, del 19 de junio de 1981, que determinó que el deber de explicación que corresponde al médico en su relación con el paciente, es parte integrante de su cometido profesional.

³ ISLAS SAUCILLO, Margarita, MUÑOZ CUEVAS, Heberto, “El consentimiento informado. Aspectos bioéticos” en *Revista Médica del Hospital General de México*, año 2000 n. 63 (4) ps. 267 a 273. Los autores distinguen entre las decisiones que tienen implicancia en la salud y bienestar de cualquier ser humano, las siguientes: 1. Ser atendido por un determinado médico; 2. Decidir opciones terapéuticas, incluida la no aceptación expresa de un tratamiento; 3. La participación en medidas de prevención; 4. Como opción más restringida, pues colisiona con el bien común, respetar o no la restricción de no fumar; 5. Decidir en conductas reproductivas y estilos de vida y 6. Decidir participar en investigaciones biomédicas, etcétera.

Si en términos universales podemos definir a la justicia citando a ULPIANO – “la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” la aplicación de este principio al tema que venimos desarrollando, implica que “lo suyo de cada uno” sea aquello que cada uno ha elegido luego de que se le proporcione toda la información necesaria para adoptar una decisión.

Ciertamente, la información que debe suministrarse abarcará –cuanto menos –dos contextos importantes: el diagnóstico y el terapéutico, y el investigativo –en su caso–, y deberá brindarse en términos que puedan ser comprendidos por el paciente o quien lo represente. La incompetencia del paciente –o de su representante– cualquiera fuere la causa (ignorancia, incapacidad de comprensión, etc.) habilitan al médico para que sea él quien decida la opción que considere mas adecuada, sin que ello implique que deba asumir el riesgo propio de la misma, pues el principio de autonomía, para funcionar, requiere necesariamente que el paciente se encuentre en condiciones de decidir, siendo dudoso que pudiera hacerlo alguien considerado incompetente.

No se me escapa que este resultaría un resquicio para evadir o evitar el derecho del paciente a tomar sus propias decisiones, pero aun así cuando esta en juego la vida de una persona, el ordenamiento jurídico debe ser muy cuidadoso en cuanto a asegurarse que quien toma la decisión, esta capacitado para hacerlo y su decisión se asienta en cuestiones racionales. Quien se encuentra privado de competencia –aunque esta sea temporal–, ya sea por déficit de razonamiento, o por ignorancia, no puede ejercer sus derechos libremente, y por tanto, no puede ejercer la autonomía, ni para si mismo, ni para otro.

Una de las cuestiones que amerita, sin duda, un análisis es la relativa a porqué utilizamos un factor de atribución objetivo cuando claramente, se trata de una “omisión” –ya que el médico “omite” una conducta debida, cual es la información debida al paciente y su autorización previa–. En este sentido, optamos por un factor objetivo de atribución, porque falta la relación de causalidad adecuada entre la conducta del agente –el médico– y el daño causado.

Efectivamente, el tópico de discusión se centraliza en la asunción del riesgo propio de cada práctica o acto médico, es decir, aquel que estadísticamente ocurrirá en un cierto porcentual de las prácticas, pero que resulta totalmente ajeno al hecho profesional. El riesgo se traslada entonces al profesional por haber incumplido un deber jurídico, pero el daño, si se produce, no le resulta imputable materialmente pues no se debe a un hecho suyo.

Por el contrario, si el daño se debiera a un hecho suyo, aun cuando hubiera cumplido con el deber jurídico de informar, seguiría respondiendo por el hecho propio, siempre que se probare que el daño es consecuencia de una acción u omisión culposa o dolosa⁴.

En todo caso, conviene señalar –y en esto coincidimos con el Dr. VÁZQUEZ FERREYRA⁵– que la no obtención del consentimiento informado, si bien vulnera el derecho de autonomía del paciente –lo que implica una lesión a sus derechos personalísimos–, pudiendo originar un deber de reparación a cargo del profesional médico, en modo alguno puede significar una íntegra reparación, tal como sucedería en caso de un daño causado por culpa del profesional. No debe perderse de vista que la asunción del riesgo propio de la práctica –cuando el daño no puede atribuirse al hecho del profesional–, no puede equipararse a la responsabilidad por el hecho propio, al momento de calcular el monto del resarcimiento.

Esto nos lleva a otro acápite importante en la materia que nos convoca, cual es el relativo a los límites del deber de información, tema que nos conduce directamente a la cuestión relativa a cuáles son las consecuencias y riesgos que razonablemente se pueden prever, ya que solo éstos deberán informarse.

Razonablemente, pues, el deber de información alcanzará a los llamados “riesgos típicos”⁶, que son aquellos que, de acuerdo con la ciencia y la experiencia médica son “previsibles” en el acto médico concreto que debe efectuársele al paciente.

De esta forma, podemos concluir que el médico está obligado a detallar al paciente –o a su representante o familiar–, toda la información relativa a aquellas consecuencias que se estimen seguras y relevantes (que son lo que normalmente solemos llamar “efectos colaterales”, que sabemos que necesariamente se van a producir luego de determinada práctica o tratamiento, los cuales pueden ser transitorios o permanentes), y aquellas que se estimen posibles y previsibles, conforme los porcentuales de verificación y cuantificación estadística, que se apreciarán –obviamente– teniendo en cuenta las características especiales del paciente (edad, estado general, dolencias preexistentes, etc.).

Un claro ejemplo en Anestesiología sería el deber de informar al paciente o sus familiares el riesgo de aspiración y sus consecuencias, si el

⁴ Ver ALTERINI, AMEAL, LÓPEZ CABANA, *Derecho de obligaciones*, Abeledo-Perrot, 1998, ps. 224 y ss. Y autores citados en misma página Num. [484]

⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, “El consentimiento informado en la práctica médica”.

⁶ GALÁN CORTÉS, Julio César, ob. cit.

paciente no se encuentra con la cantidad de horas de ayuno preestablecidas como seguras, como también los que enfrentaría el paciente si no se le informa al médico debidamente la existencia de antecedentes alérgicos. Es que el manejo anestésico tiene sus riesgos que son diferentes a los de otras especialidades, ya que es una especialidad que, mas que terapéutica, es “facilitativa”, como ya dijimos.

Las complicaciones relacionadas con el manejo anestésico son de origen multifactoriales, ya que no solamente interviene en la práctica el profesional anestesiólogo, sino que se utilizan máquinas y diversos preparados farmacológicos, todos ellos peligrosos en si mismos.

Por ejemplo, es bien conocido, que el propofol, dadas las características de la emulsión, puede ser fácilmente contaminado, a pesar de que se sigan todas las reglas básicas de la asepsia en la manipulación del fármaco, ya que se ha encontrado flora bacteriana proveniente de la garganta del anestesiólogo en algunos casos. Este hecho a ocasionado que el propofol que se vende en USA, esté formulado con un estabilizante, con el objeto de disminuir la contaminación probable. El uso de viales de 50 y 100 ml, ahora rutinariamente utilizados, también pueden disminuir el riesgo de contaminación, ya que disminuye el nivel de manipulación de la droga. Sin embargo, en algunos países, todavía se continúa produciendo el propofol sin estabilizante y el uso rutinario de viales de 50 y 100 ml, aun no ha sido aceptado en su totalidad. Recientemente, la administración de propofol, utilizado en la Unidad de Cuidados Intensivos, ha sido asociado con la presencia de casos severos de pancreatitis, sin que la causa específica se conozca. La FDA, ha obligado al fabricante a incluir una leyenda en el producto en donde se especifique este hecho.

Asimismo, la técnica de anestesia raquídea o subaracnoidea con bupivacaína, ha producido severos daños en las extremidades inferiores y aún la pérdida de funcionamiento de esfínteres, conocidos como “síndrome de cauda equina” o “síndrome de cola de caballo” en pacientes sujetos a esta técnica, sin que se haya podido identificar o relacionar causalmente los daños producidos con la técnica utilizada por el anestesiólogo. En algunos casos, el daño se atribuyó al anestésico utilizado. Si bien el síndrome radicular transitorio, con una incidencia variable del 10-37%, no es considerado por algunos autores como una complicación neurológica de la anestesia subaracnoidea (ya que podría obedecer a otros factores somáticos musculoesqueléticos o de otra naturaleza), el Síndrome de Cola de Caballo sí se considera en la actualidad una complicación neurológica concreta, cuya etiopatogenia no está claramente definida.

Existen múltiples hipótesis formuladas como factor etiológico del síndrome de cola de caballo, aunque la más aceptada es la existencia de una distribución no uniforme del anestésico local en el espacio subaracnoideo, que determinaría la presencia de una concentración neurotóxica del mismo sobre las raíces nerviosas. Como responsables de esta anómala distribución se implican los pequeños calibres de agujas o catéteres (mayor resistencia y, por tanto, menor velocidad con elevadas concentraciones puntuales), así como su grado de introducción.

En relación con la posible neurotoxicidad per se del anestésico local, los estudios experimentales realizados demuestran que la lidocaína es potencialmente más lesiva que la bupivacaína, Sin embargo, la toxicidad vendría dada por la concentración empleada y no por la potencial lesividad neural intrínseca del fármaco, incluyendo a la bupivacaína⁷.

⁷ (Rev. Esp. Anestesiología y Reanimación. 2001; 48: 337-339) NAVARRO, J. L., SORIA, A., HERRERA, P. y MONTERO, R., *Síndrome de cola de caballo tras anestesia subaracnoidea con bupivacaína*, Servicio de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor, Hospital Universitario La Fe, Valencia.

ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Dirección

GRACIELA CRISTINA WÜST

Autores

VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER

JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA

JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO

MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO

JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST



ASOCIACIÓN
DE DOCENTES

UBA | FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

1ª Edición: Abril de 2016

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

Edición:

© Asociación de Docentes
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
Av. José Figueroa Alcorta 2263
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina