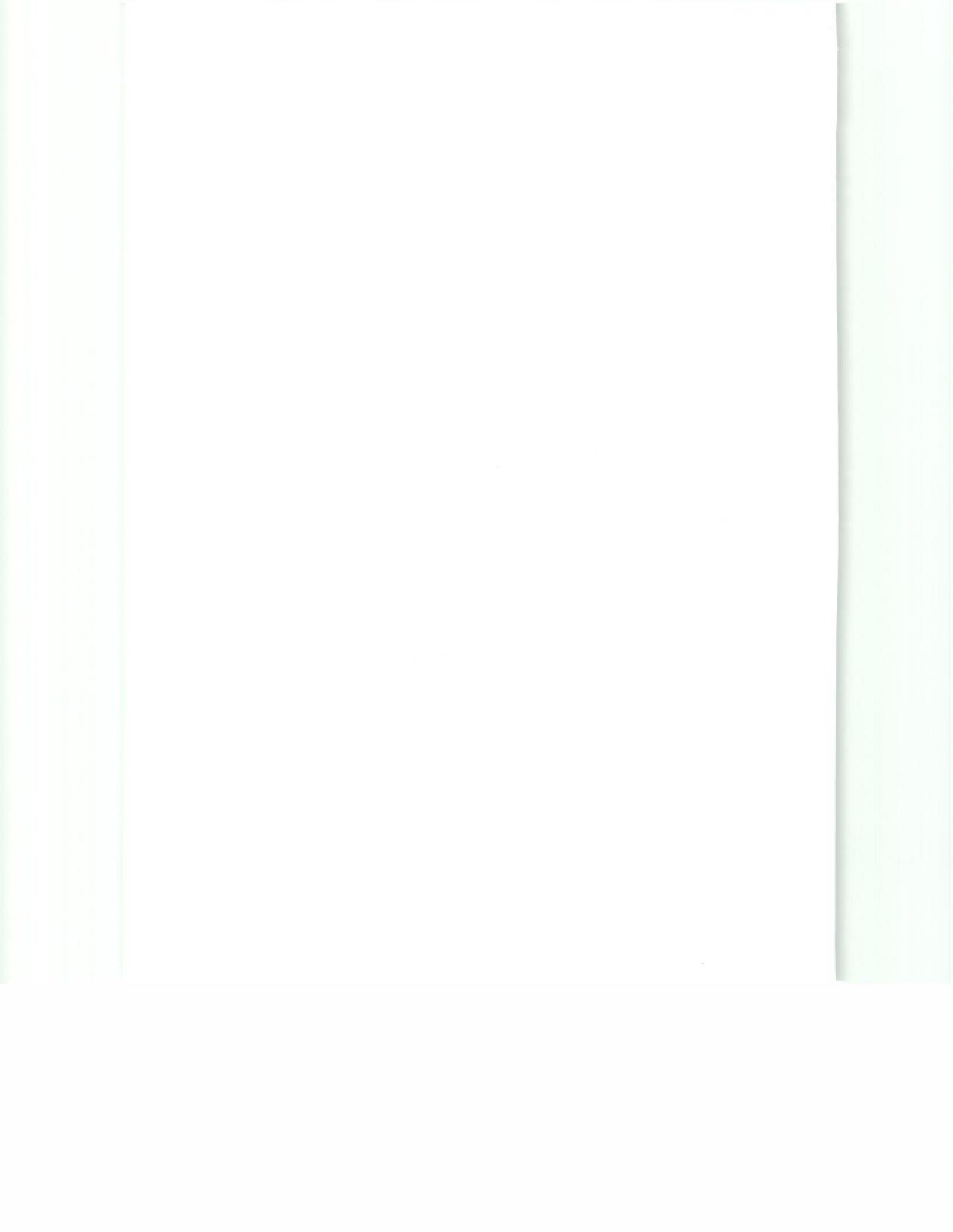


La responsabilidad profesional en  
el derecho europeo actual

Marcelo J. López Mesa



# La responsabilidad profesional en el derecho europeo actual

Marcelo J. López Mesa

LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL DERECHO EUROPEO ACTUAL

AUTOR: MARCELO J. LÓPEZ MESA

DIRECCIÓN: lopezmesa@ciudad.com.ar

FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 21 de 2005

RESUMEN: El presente artículo contiene la disertación presentada por el Dr. Marcelo López Mesa ante la academia de derecho y ciencias sociales de Córdoba en el acto de asunción como académico de esa corporación, en donde reflexiona sobre el deber de actuar con diligencia, exigida al profesional del derecho en la actualidad.

DESCRIPTORES: Diligencia, profesional, derecho, deber, información  
KEY WORDS: Diligence, professional, law, information  
ABSTRACT: The present article contains the dissertation presented by the Dr Marcelo Lopez Mesa before the law academy and social sciences of Cordoba in the act of assumption like academic of that corporation, in where it reflects on having to act with diligence, demanded to the professional of the right at the present time.

## 1) La acentuación de la diligencia exigida al profesional.

**E**n tren de analizar la actualidad de la doctrina y jurisprudencia europea en materia de responsabilidad profesional, es dable advertir liminarmente que los desarrollos del viejo continente por lo general endurecen la diligencia exigida al profesional imponiendo nuevos deberes profesionales sobre el mismo o acrecentando la importancia de los que tuvo desde siempre.

Si bien con diferentes matices en cada rubro, todo profesional carga sobre sí con importantes deberes, cuyo incumplimiento engendra responsabilidad. Los deberes que tienen mayor interés con relación a este estudio son:

### 1. a) deber de guardar secreto de las informaciones que recibiera durante la relación con el cliente.

Uno de los deberes esenciales de los profesionales es el deber de secreto profesional, es decir, el deber de no revelar datos relativos a la situación de su cliente o paciente o a las confidencias que el mismo le hiciera en ocasión de la consulta o cualquier otro acto profesional.

Bien ha dicho Yves MAYAUD que “La exigencia de secreto tiene una gran dimensión social, que normalmente coloca al obligado a resguardo de la persecución criminal; el secreto porta una gran importancia social, porque él representa la confianza indispensable para ciertas relaciones. El significa para el orden social que la discreción y el silencio están asegurados puesto que tales revelaciones se inscriben en una particular relación de confianza. Es en ese sentido que los médicos, los abogados y los sacerdotes fueron los primeros en ser reconocidos como depositarios de tales secretos, no para que sus funciones se beneficiaran con una legitimidad superior a otras, sino porque ellas representan mecanismos útiles para la misma sociedad”<sup>3</sup>.

En lo tocante específicamente al médico, éste tiene el deber y el derecho de guardar secreto de aquellos datos referentes a su paciente que llegaran a su conocimiento con motivo del ejercicio del arte medical. Este deber debe, obviamente, compatibilizarse con la obligación de denunciar cualquier delito de acción pública que compete a los médicos y que se encuentra presupuesta en la ley y es, por ende, anterior en el tiempo a la supuesta obligación de reserva que pudiera contraer el facultativo al atender a un paciente.

Es decir que si existe justa causa de relevamiento de la obligación de secreto, el profesional puede y debe poner en conocimiento de la autoridad la comisión de un delito, etc. Pero si la misma no existe, la violación de este deber por parte del profesional compromete su responsabilidad tanto civil como penal, además de anular la comunicación que el galeno hiciera<sup>4</sup>.

La importancia de este deber de secreto es tal, que él ha sido protegido legalmente en cuanto a su ejercicio y penado penalmente en cuanto a su violación<sup>5</sup>.

1.b) deber de información y comunicación al cliente, directamente relacionado con el deber de requerir su consentimiento a determinada práctica profesional: Así como el profesional tiene el deber de callar ante terceros ciertos datos, que le fueron revelados en el marco del secreto profesional –siempre que no configuren delitos de acción pública-, tiene la obligación de comunicar al cliente determinada información<sup>6</sup>.

Los deberes del profesional, con respecto a la información que recibe en el ejercicio de su *mettier*, pueden parangonarse a una moneda: el anverso nos muestra el deber de información que éste para con su cliente, mientras que la contracara es el secreto profesional<sup>7</sup>.

Ambos lados componen un todo cuya conclusión obvia es que el profesional no es el dueño de la información que recibe con motivo de sus incumbencias,

ya que no puede divulgarla hacia terceros ni retacearle al cliente el conocimiento de su situación legal, estado contable, estado de salud, etc., según se trate en cada caso<sup>8</sup>.

Pero, la obligación de informar no se presenta de un modo uniforme, pues puede perseguir diversos objetivos. En primer lugar se pueden situar aquellos casos en los que la información es justamente el servicio solicitado al profesional, en su carácter de experto, por el cliente. Comúnmente en tales casos, la solicitud incluye un asesoramiento sobre la información recibida, de modo que el cliente pueda adoptar con posterioridad las decisiones que estime más oportunas para sus intereses. En un segundo anaquel, se ubica la información necesaria para un adecuado disfrute de los servicios prestados o de los bienes adquiridos, especialmente, cuando es imprescindible para una adecuada representación por parte del cliente de los riesgos que deben evitarse para sí mismo y para los demás usuarios mediante una correcta utilización del producto adquirido o del servicio prestado, o, incluso, para la preservación del bien adquirido (vgr. las instrucciones de uso y conservación de un bien o aparato, la llamada información terapéutica). Y, finalmente, la información como presupuesto necesario para poder prestar un consentimiento no viciado al profesional y que éste pueda realizar legítimamente la actividad profesional sobre la que se consiente.

Bien ha observado ROMEO CASABONA que "es característica común a todas las modalidades de información profesional que su extensión, forma, contenido, nivel de comprensión, restricción, etc , debe adaptarse a cada situación concreta, sobre todo a la naturaleza de la prestación profesional y a las condiciones personales del cliente<sup>9</sup>.

Es así que resulta capital para la validez del consentimiento prestado por el cliente a la práctica aconsejada por el profesional, una previa información sobre el alcance de sus consecuencias y sobre otros cursos de acción posibles en su situación, sobre las ventajas e inconvenientes de éstos.

El problema es que como ha expuesto brillantemente ROMEO CASABONA, "el deber de información a los clientes ha tenido, desgraciadamente con demasiada frecuencia, escaso cumplimiento en la práctica y en ocasiones insuficiente acogida en la legislación de algunos países; debido ello, entre otras razones, a una falta de sensibilidad sobre su trascendencia fáctica y jurídica..."<sup>10</sup>.

**1.b.1) deber del médico de informar y comunicar ciertos datos al paciente, directamente relacionado con el deber de requerir su consentimiento informado a determinada práctica:**

Javier PLAZA PENADÉS, ha hecho un interesante aporte al exponer que “el consentimiento informado se constituye así en un derecho fundamental o derecho humano positivizado, propio, singular y distinguible o diferenciado, siendo además una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, y manifestación necesaria o proyección de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física, derecho a la libertad personal y de conciencia, y manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad y de la autodisposición, dentro de los límites legales, sobre el propio cuerpo”<sup>11</sup>. Como bien dice PALMIERI, “en el actual panorama de la profesión médica, caracterizada por un alto grado de tecnicismo y especialización sectorial, el tema de la información al “cliente” o paciente asume, con mayor razón, una relevancia cada vez más importante desde el punto de vista deontológico”<sup>12</sup>. El Tribunal Supremo de España ha sostenido que “deontológica y legalmente todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica”<sup>13</sup>. Y un autor de prestigio como BILANCETTI ha llegado a expresar que “La diligencia atañe, en materia de responsabilidad profesional médica, no solo a la ejecución de la prestación debida sino también a la debida información, de parte del médico, para permitirle al paciente expresar un consentimiento consciente y luego eficaz ... la información no es solo un deber deontológico, sino que además constituye un aspecto distintivo de la diligencia...”<sup>14</sup>.

Es dable aclarar que en la mayoría de los países de Europa, como en nuestro país, este deber de información ha sido impuesto y desarrollado principalmente a partir de una jurisprudencia creativa que se fue acumulando capa tras capa, ante la insuficiencia de los textos legales.

Según SAVATIER, el deber de informar o comunicar su situación al paciente, “nace de la especial relación de confianza entre médico y paciente comprendiendo como contenido de la información de los extremos de la enfermedad, -de manera que el enfermo pueda entenderlo- un tratamiento y la peligrosidad del mismo, si la hubiere, así como la de una intervención quirúrgica”<sup>15</sup>.

Como principio el médico no puede efectuar ninguna intervención o tratamiento sobre el cuerpo de un paciente sin obtener el consentimiento de éste. Obvio es, que para obtener dicho consentimiento, el médico deberá informar al paciente sobre su estado de salud, pronóstico, y ventajas del tratamiento que aconseja; y, también, que para que el consentimiento sea válido, el médico deberá informar al paciente asimismo las posibles desventajas del tratamiento, así como los riesgos que él implica<sup>16</sup>.

Por ello se ha dicho con razón que “paralelamente a la obligación técnica de brindar al paciente un tratamiento consciente, atento y conforme a las verdades adquiridas de la ciencia, el médico debe requerir del paciente un consentimiento libre y esclarecido”<sup>17</sup>.

Como bien expuso PALMIERI, “el cliente, o mejor dicho el acreedor de la prestación profesional, es puesto más o menos indirectamente en medio de una elección de costo y beneficio, siempre ardua y difícil de comprender, asumiendo luego riesgos a menudo de significación; para la validez de esta opción del paciente resulta fundamental, además de la cultura general del paciente, el suministro de información correcta por parte del profesional”<sup>18</sup>. Es una verdad a puños que “todo consentimiento a un acto medical comporta en parte una aceptación de riesgos. Es por ello que el paciente debe estar convenientemente informado sobre aquello a que brinda su consentimiento”<sup>19</sup>. Es obvio, por otra parte, que la profundidad y el caudal de información a suministrar al paciente debe ser directamente proporcional a la entidad del riesgo que éste asume<sup>20</sup>.

El paciente tiene que saber qué es concretamente lo que está consintiendo, la gravedad de su estado, el motivo de las prácticas que se le aconsejan, la urgencia de realizarlas, su posible evolución en caso de someterse a tales prácticas y en caso de negarse, el alcance de las intervenciones o tratamientos, los riesgos que conllevan, la modalidad, las consecuencias y los posibles efectos secundarios de la intervención médica proyectada y las eventuales alternativas del tratamiento<sup>21</sup>.

La Corte de Casación italiana ha precisado el alcance de esta obligación galénica; en una sentencia suya, dijo que un consentimiento inmune de vicios no puede formarse sino después de haber tenido el paciente plena conciencia de la naturaleza de la intervención médica o quirúrgica, de su alcance y extensión y de sus riesgos, del resultado que espera conseguirse con ella y de las posibles consecuencias negativas; todo ello presupone una información completa y sin retaceos de parte del médico o del cirujano. Solo entonces el paciente podrá conscientemente decidir si someterse a la intervención u omitirla, efectuando un balance entre las ventajas y los riesgos del acto medical<sup>22</sup>. La Audiencia de Zaragoza resolvió en un caso que “El consentimiento del paciente ha de ser emitido con adecuada información previa de la intervención que se va a hacer y de los riesgos que conlleva, información que ha de ser objetiva, veraz, completa y asequible, de forma que si así se hace, los riesgos quedan asumidos por el paciente que consiente, y, de lo contrario, el facultativo asume el riesgo por sí solo...”<sup>23</sup>.

Esta fórmula estereotipada de la exigencia del suministro al paciente de una "información objetiva, veraz, completa y asequible", constituye una constante en la jurisprudencia ibérica y ha sido receptada como molde o paradigma conceptual por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España<sup>24</sup>.

### **1.b.2) La exigencia de información previa al consentimiento en el derecho francés actual.**

Es un hecho aceptado en el derecho francés que el paciente debe estar plenamente avisado del costo y de los riesgos de su tratamiento y de la evolución probable de su estado; el enfermo debe poder comparar las ventajas esperadas y los riesgos implícitos en el tratamiento aconsejado<sup>25</sup>.

Pero así como no se duda de lo anterior, resulta claro para los autores que la relatividad de los conocimientos médicos, así como el deseo de preservar el estado psicológico del enfermo, excluyen toda posibilidad de exhaustividad<sup>26</sup>.

Una distinción tradicional de la jurisprudencia francesa otorgaba efectos a la frecuencia estadística de efectivización del riesgo, y así el médico tratante no debía informar al paciente más que de los riesgos corrientes del tratamiento, y no de aquellos que se produzcan excepcionalmente<sup>27</sup>.

Alguna doctrina había criticado este criterio por su subjetividad y falta de parámetros comparativos serios, lo que producía que el riesgo que para una Corte de Apelación era considerado excepcional, era visto como corriente por otro tribunal, o entre distintas Salas de una misma Corte<sup>28</sup>.

Pero, en un precedente de Octubre de 1997, la Corte de Casación profundizó su jurisprudencia de los últimos años, que venía agravando cada vez más la obligación de información a cargo de los médicos, precedente que causó en su momento un gran revuelo doctrinal<sup>29</sup>, sentando que la información debe ser "leal, clara y apropiada" y debe ser inteligible para el paciente<sup>30</sup>.

El principio sentado por la Casación francesa podría sintetizarse así: los riesgos graves, y no solamente los corrientes, constituyen el objeto de la obligación de información del médico<sup>31</sup>. Echa de verse que el concepto indeterminado de "riesgo grave" constituye la llave de bóveda que divide el campo donde actúa el médico en dos grandes terrenos: el de los riesgos graves, que deben ser informados y el de los riesgos no graves o menores que pueden ser obviados<sup>32</sup>. A partir del arrêt "Guyomar" quedó superada la doctrina tradicional que obligaba a los médicos a informar sobre los riesgos corrientes o normalmente previsibles, pero no de las complicaciones o riesgos excepcionales o no frecuentes, doctrina que nos parece razonable y atinada; desde entonces, se obliga a los médicos

a informar al paciente sobre todos los riesgos, aun los excepcionales<sup>33</sup>, lo que no es conveniente en orden a la buena disposición del paciente a favor de su curación.

Admite explícitamente la jurisprudencia gala algunas excepciones al principio, tales como los casos de urgencia, imposibilidad, y de rechazo del paciente de recibir información<sup>34</sup>; alguna doctrina francesa (SARGOS y LE TOURNEAU-CADIET) han postulado que existirían otras excepciones implícitas a la regla general de información de todos los riesgos<sup>35</sup>, aunque esta posición no ha ganado demasiados adeptos.

En realidad, ningún texto legal admite una limitación de la información sobre los riesgos del tratamiento, por el hecho de una fragilidad psicológica o espiritual del paciente. El art. 35 del Código deontológico francés legitima solamente, en interés del paciente, una disimulación del diagnóstico o del pronóstico cuando es grave; esta norma podría usarse por vía de interpretación para arribar al resultado que proponen SARGOS y LE TOURNEAU-CADIET, pero en realidad el mentado art. 35 no establece una excepción directa a la exigencia de información.

La Corte de Casación a través del precedente de 1997, rompió el esquema clásico, reemplazando el criterio cuantitativo o estadístico tradicional, fundado sobre el concepto de riesgo corriente o estadísticamente significativo, por un criterio cualitativo: el de la gravedad intrínseca del riesgo objeto de la información<sup>36</sup>.

El nuevo criterio de la Casación francesa consiste en que el médico debe informar al paciente de los riesgos graves que lleva implícitos el acto medical, y el carácter estadísticamente menor del riesgo no dispensa al galeno de su obligación<sup>37</sup>.

En fallos posteriores la Casación francesa ratificó las líneas directrices del precedente "Guyomar", resolviendo que excepto en casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente a ser informado, un médico está obligado de brindarle una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves referentes a los estudios y tratamientos que le propone; precisó luego que "el médico no está dispensado de dar información sobre la gravedad del riesgo por el solo hecho de que la intervención sea médicamente necesaria<sup>38</sup>". En similar sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado francés, juzgando que la sola circunstancia de que riesgos graves no se produzcan más que excepcionalmente no dispensa a los médicos de la obligación de informar al paciente sobre ellos<sup>39</sup>.

Denis MAZEAUD comenta la evolución de la jurisprudencia de la Casación francesa en materia de responsabilidad médica, diciendo que “Progresiva y metódicamente, la Corte de Casación fue mejorando, mediante toques sucesivos, la situación de las víctimas de perjuicios sufridos como consecuencia de un acto médico”<sup>40</sup>, concluyendo que el precedente “Guyomar” “constituye un pequeño toque de realismo en un océano de buenas intenciones”<sup>41</sup>.

Continúa relatando MAZEAUD que la Casación francesa primero amplió los supuestos de obligaciones de resultado a cargo del médico, luego afinó la apreciación de la culpa del médico, después estableció la presunción de culpa en el caso de las infecciones hospitalarias o nosocomiales<sup>42</sup> y por último, impuso de una manera general, una obligación de información muy rigurosa sobre los médicos.

En cambio, las críticas al criterio de “Guyomar” se han basado en dos frentes bien diferenciados: por un lado, la inconveniencia terapéutica de abrumar a los pacientes con informaciones que pueden afectar su confianza de mejoramiento y, por otro, la complejidad instrumental de la prueba de la información brindada, que torna prudente que el médico transcriba por escrito la información dada al paciente y haga firmar a éste para constancia<sup>43</sup>.

La Corte de Casación, en otros pronunciamientos posteriores ha ido contorneando el alcance del precedente “Guyomar”. Así, en un fallo de comienzos del año 2000, el mismo tribunal resolvió que un médico no está obligado a lograr el convencimiento de su paciente sobre el peligro del acto médico que éste solicita, bastando con que le informe de tal riesgo<sup>44</sup>.

La esencia del consentimiento es el acuerdo entre las partes, a través de la información y la comprensión por el paciente de los actos profesionales a que se someterá, para una libre aceptación de los mismos. En línea con ello, el deber de información a cargo del médico, resulta indiscutiblemente parte esencial de la prestación contractualmente debida<sup>45</sup>, pero no debe ser llevado más allá de una línea de razonabilidad: una cuya transposición puede afectar la curación del enfermo, a través de minar su confianza en su propia curación.

1.b.3) ¿Qué información se debe suministrar al paciente?

Cabe preguntarse en concreto ¿cuál es el nivel aconsejable de complejidad de la información suministrada al paciente?

Resulta útil consignar que existe una notoria separación entre lo que las normas rectoras de la Medicina indican como standard mínimo exigible de este deber de información, de lo que le han exigido a los médicos los fallos judiciales, especialmente de la Corte de Casación francesa, a partir del precedente “Guyomar” de 1997<sup>46</sup>.

Podría decirse incluso que los abogados que componen los cuerpos judiciales sobre todo europeos –y también la doctrina- han sido mucho más exigentes con los médicos que lo que lo son las normas de la deontología médica; esta dualidad o dicotomía no debe asombrar, pero sí debe ser tenida en cuenta debidamente.

Las normas deontológicas médicas ponen el énfasis en el tratamiento, esto es, en no comunicar al paciente aquellos datos que puedan comprometer la eficacia del tratamiento, minando la confianza en su restablecimiento o mejoría; los fallos judiciales y la doctrina, en cambio, han hecho prevalecer el derecho del paciente a estar al tanto de su estado de salud, pronóstico y expectativas, por sobre otras consideraciones.

En nuestra opinión debe seguirse una línea intermedia entre ambos extremos: ni liberar al profesional de la debida comunicación, ni exigirle que exponga al paciente a una dolorosa o traumática experiencia psicológica, donde se le comunique fríamente que los riesgos del tratamiento aconsejado son enormes y que, si se cumplen las estadísticas, sus posibilidades son escasas. Este tipo de sesiones son absolutamente contraproducentes de el punto de vista médico, la minar la confianza del paciente, por lo que el aspecto jurídico del consentimiento informado no debe ser el único a tomarse en cuenta.

Coincidimos, en consecuencia, con el Prof. FERNÁNDEZ COSTALES sobre que deben evitarse dos males: hacer del médico o profesional sanitario un profesional inseguro y del paciente una persona vulnerable<sup>47</sup>.

No puede olvidarse que el conocimiento médico es todavía limitado en punto a los sistemas espontáneos de sanación del cuerpo humano y no debe hacerse a un lado que, por ejemplo, existen mecanismos como la reabsorción espontánea de tumores malignos, que literalmente rescatan de la muerte a último momento a personas que la ciencia médica había desahuciado<sup>48</sup> y sobre cuya curación no existen explicaciones ortodoxas ni convincentes.

Con ello a la vista reafirmamos que nos parece que debe seguirse una línea media en esta materia, una bisectriz que pasa por la información veraz al paciente, pero de manera que el mismo comprenda su estado general, sin ser agobiado con la explicación de posibilidades remotas o de riesgos estadísticamente poco probables de acontecer en casos como el suyo. De otro modo el consentimiento informado se transformaría en un catálogo de salvedades y apostillas, que frustraría su verdadero objeto<sup>49</sup>.

Por caso, nos parece que generalizar las líneas fundamentales del arrêt "Guyomar" implica la asunción de severos riesgos en todos los casos para evitar daños puntuales en algunos supuestos.

En esta línea, la Audiencia Provincial de Zaragoza esclareció en un fallo suyo el alcance de este deber galénico, sentando que el deber de información del médico es necesario para que exista un consentimiento libre del paciente a la intervención o al tratamiento, ya que este último tiene derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico, pero, desde luego, la información a dar por el médico ha de tener en cuenta múltiples factores, como son la capacidad de comprensión y decisión del paciente, sus deseos de información, la necesidad del tratamiento y el riesgo, así como los probables efectos de la información sobre el paciente, evitando la inoportunidad e incluso inquietarle inútilmente. También ha de tener distinta valoración el incumplimiento del deber de información, o el modo en que se hace, si se está ante una intervención terapéutica, o ante una operación preventiva de embarazo, supuesto éste en el que la información puede ser ofrecida con mayor claridad para el cliente y, por tanto, es exigible al médico mayor rigor en el cumplimiento de dicho deber<sup>50</sup>. Suscribimos cada palabra de este precedente.

La información al paciente, constituye, como otras, una labor que debe llevarse a cabo con prudencia y tino y sin caer en extremos; entre abrumar al paciente y minar su confianza con datos estadísticos y retacearle la información, existe un ancho campo por donde debe transitar el profesional. El ejercicio del deber de información por parte del médico nos pone nuevamente ante una cuestión de proporciones, no siendo conveniente ni el exceso ni el defecto.

En nuestro concepto, el deber de información del médico se cumple con la explicación clara y sin ambages a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como el esclarecimiento del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados. El suministro de la información al paciente debe ser hecha de manera comprensible y no parcializada o reticente, sin alarmarlo indebidamente ni darle tranquilidades o confianzas excesivas, que no resulten proporcionadas a su estado de salud<sup>51</sup>.

Creemos que para llenar este deber no se requiere que el profesional dicte una clase magistral en la especialidad a que concierne la práctica, pero tampoco que en forma telegráfica vierta conceptos rudimentarios como si se destinaran a un rústico o a un deficiente mental.

El deber de información queda satisfecho cuando el paciente –o sus familiares en caso de estar éste impedido- ha tenido ocasión de conocer en forma

comprensible su condición física y las virtudes y defectos de la terapéutica recomendada, así como sus riesgos más probables y el pronóstico esperable de la dolencia, si se encara el tratamiento o si no.

Asimismo, en la doctrina y jurisprudencia francesa se acepta la limitación de información al paciente, cuando ella se funda en una conveniencia terapéutica<sup>52</sup>.

La Corte de Casación francesa ha expuesto que el art. 42 del Código de Deontología médica autoriza al médico a limitar la información de su paciente sobre un diagnóstico o un pronóstico grave; una limitación tal debe estar fundada en razones legítimas y en el interés del paciente que debe ser apreciado en función de la naturaleza de la patología, de su evolución previsible y de la personalidad del enfermo<sup>53</sup>.

Obviamente que esta limitación de información no puede ser antojadiza, sino que debe estar de acuerdo con los parámetros indicados por la casación<sup>54</sup>, justificándose en tal caso que un paciente, que no pueda soportar la revelación de una enfermedad grave, pueda ser mantenido en la ignorancia de ella<sup>55</sup>.

Patrice JOURDAIN afirma al respecto que "muy largamente aprobada en doctrina, esta limitación es conforme al buen sentido. La obligación de información se impone en interés del paciente; si aparece claro que la información puede dañarlo, especialmente en razón de los efectos psicológicos desastrosos de un diagnóstico o de un pronóstico grave, el mismo interés el paciente debe conducir a dispensar al médico. Este último debe apreciar en conciencia si las razones terapéuticas legitiman la limitación de la información médica"<sup>56</sup>.

Nuestra conclusión es que el deber de información consiste en el suministro al paciente de información suficiente, de un modo razonable, debiendo comportar el justo medio entre dos extremos: el exceso de información, que es nocivo para el paciente porque embota su juicio y lo sume en incertidumbres, ansiedades y cavilaciones, que solo complican su estado de salud y desmejoran su ánimo y disposición; y el defecto, que implica proceder con el paciente como si se tratara de un niño, cuyo juicio insuficiente hace que el médico tome las decisiones por él<sup>57</sup>.

Entre estos extremos hay un ancho paño sobre el cual trabajar, para decidir en cada caso concreto que se presente en juicio, si en el mismo el suministro de información ha sido suficiente o no, si ha existido reticencia y, en su caso, si ésta ha sido dolosa o culposa y si, finalmente, pese a la carencia de información que pudiera constatarse existe un daño indemnizable, porque la

falta o insuficiencia de información no genera per se, y con prescindencia de otros factores, un daño indemnizable.

#### **1.b.4) Efectos de la falta de información suficiente.**

El suministro de una información correcta y suficiente por parte del médico es condición indispensable para la validez del consentimiento del paciente<sup>58</sup>, implicando la falta de esta información suficiente y adecuada un consentimiento viciado<sup>59</sup>.

La Corte de Casación francesa, recientemente ha establecido el principio de que el defecto de información, para comprometer la responsabilidad del médico, debe haber tenido incidencia sobre el consentimiento del paciente<sup>60</sup>. Como dice PLAZA PENADÉS, "la falta de información es por sí sola fuente de responsabilidad civil para el médico, si por la falta de información se produce el resultado que se quiso evitar o el resultado previsible aunque infrecuente del que no se informó"<sup>61</sup>.

En un caso en que la Corte de Apelaciones constató que el médico no había informado a su paciente del riesgo grave que luego se realizara, de perforación intestinal inherente a una colposcopia con ablación de un pólipo, sin embargo se rechazó la demanda de daños dirigida contra el profesional. Se consideró para ello que si bien era cierto que el profesional había faltado a su obligación de información, el paciente no había justificado ningún perjuicio indemnizable. La Corte sostuvo que el único perjuicio que había alegado el actor, que era el de perder la chance de decidir si negarse a la intervención no era un perjuicio indemnizable, por cuanto la operación debía realizarse, dado que el pólipo que se le descubriera al paciente tenía gran riesgo de degenerar en un cáncer<sup>62</sup>. Este fallo sigue la línea recientemente sentada por la jurisprudencia francesa de que ninguna pérdida de chance de rehusar la intervención puede ser indemnizada, cuando el beneficio obtenido de la operación es superior a los trastornos provocados por la realización de los riesgos<sup>63</sup>.

Por último debe tenerse presente que, como apunta PENNEAU, en ausencia de toda culpa técnica, la sola culpa constituida por la falta de información no puede dar lugar a reparación del daño corporal resultante de una intervención<sup>64</sup>. Nos parece obvia esta solución, por lo que a ella hemos adherido<sup>65</sup>.

#### **1.c) deber de actuación profesional diligente.**

Cuando se produce un resultado dañoso a consecuencia de una práctica profesional, suele alegarse que se ha infringido la "Lex Artis" o que el profesional de que se trate no ha cumplido con ella<sup>66</sup>.

El concepto de “Lex Artis” no es de nuevo cuño, pero desde hace un tiempo, al compás del paulatino incremento de las acciones de mala praxis médica, se ha generalizado su uso, llegándose hasta el exceso.

Cabe preguntarse por ello ¿qué es la Lex Artis?

Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, la ha definido como “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina -Ciencia o Arte médica-, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos, para calificar dicho acto médico de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios puestos y en particular, de la posible responsabilidad de su autor por el resultado de la intervención o acto médico ejecutivo”<sup>67</sup>.

El objeto de la “Lex Artis” es el de fijar o establecer el standard de práctica profesional normal u ortodoxa para cada caso, estableciendo la conducta general del facultativo promedio ante un caso similar.

La jurisprudencia española utiliza recurrentemente en sus pronunciamientos la pauta de la “lex artis ad hoc”. Y así, por ejemplo, ha resuelto el Tribunal Supremo que la actuación de los médicos, a efectos de su declaración de responsabilidad, debe regirse por la denominada lex artis ad hoc, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional<sup>68</sup>.

El incumplimiento de este deber de actuación diligente, compromete la responsabilidad civil del profesional, a título de negligencia, de impericia o de imprudencia.

La impericia es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio, es una ausencia de saber o de habilidad reprochable, dado que ejercer el arte o profesión mediando ella, constituye ya de por sí una amenaza general de producir daños<sup>69</sup>.

Impericia es la ausencia de los conocimientos normales que toda profesión requiere cuando se trata de un médico general y los propios de la especialidad si se trata de un especialista; la negligencia es considerada como el descuido o falta de aplicación o diligencia en la ejecución de un acto o tarea puesta al servicio del acto profesional<sup>70</sup>.

La imprudencia, consiste en una temeridad, el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podría desembocar su acción irreflexiva.

La negligencia es sinónimo de descuido y omisión. Desde el punto de vista del derecho –y como elemento o forma de la culpa- es la falta de diligencia debida o del cuidado necesario en un acto o en un hecho humano; puede configurar un defecto de la realización del acto o bien una omisión.

Para poner un ejemplo clarificador, existen diversas formas de negligencia médica, pero una de las más señaladas es el olvido de un elemento utilizado en el acto quirúrgico dentro del cuerpo del paciente<sup>71</sup>.

Siguiendo esta línea, Pierre SARGOS, conseiller de la Corte de Casación francesa, en un dictamen suyo ante el Magno Tribunal, refirió numerosos casos en que la jurisprudencia francesa, especialmente de la misma Casación Civil, ha condenado a cirujanos a reparar los perjuicios causados a sus pacientes por la producción accidental o culpable de lesiones como: corte accidental del nervio ciático<sup>72</sup>; perforación del esófago (Corte de Casación, 1<sup>a</sup> Cám. Civil, 14/11/66); perforación del útero<sup>73</sup>; perforación de la arteria femoral<sup>74</sup>. También puede citarse un caso en que la Corte administrativa de apelaciones de Nancy, con fecha 9/7/91 en el caso "Mme Guyot", declaró la responsabilidad de un cirujano y el centro sanitario por el corte que el primero hiciera de la pared vesical de una enferma, mientras le practicaba una histerectomía, sufriendo la paciente a consecuencia de ello una fístula vésculo-vaginal<sup>75</sup>. En todos los casos el daño surge como producto de una impericia y negligencia extrema, inocultable hasta para un profano.

También en otras ramas, obviamente, pueden cometerse yerros profesionales que comprometen la responsabilidad civil, a título de negligencia o impericia. Por caso, en materia abogadil, la falta de impulso de actuaciones que lleve a la declaración de caducidad de instancia, la prescripción de una acción; en ciencias veterinarias, el inadecuado control de un rodeo que produzca la expansión a los animales de otros campos de una epidemia de fiebre aftosa; en escribanía, la omisión de realizar un adecuado estudio de títulos, que cause daños al adquirente de una propiedad; en materia contable, la falta de verificación de los comprobantes documentales, respecto de las aserciones realizadas en balances o declaraciones impositivas, etc.

#### **1.d) Deber de asesorar debidamente y no inducir a engaño a los clientes.**

El profesional debe individualizar el objetivo perseguido por el cliente, la situación de hecho que se encuentra en la base de la exigencia de éste y todo

otro elemento útil, y luego de ello el profesional decidirá si acepta el encargo y dispone de los instrumentos útiles para la realización del objetivo final de su cocontrante<sup>76</sup>.

Pero, si acepta el encargo debe previamente haber asesorado debidamente al cliente sobre las posibilidades de su caso, según la ciencia y saber del experto, de modo de no inducirlo a engaño sobre su situación real o sobre la prospectiva de la gestión.

Por citar un caso, la Corte de Apelaciones de París, resolvió que en su calidad de profesional, el abogado tiene hacia su cliente una obligación particular de información y de consejo, sin que las capacidades de su cliente puedan, por sí solas, dispensarlo de tal obligación<sup>77</sup>.

El deber de consejo o asesoramiento que tiene el abogado para con su cliente, debe consistir en un informe al mismo en el cual se le indiquen las ventajas, desventajas y contraindicaciones de su posición jurídica, sus límites, y los riesgos que involucra<sup>78</sup>; si no obrara así el cliente podrá reprocharle con asidero que no lo ha "puesto en guardia"<sup>79</sup>.

En similar sentido se ha expuesto que el cliente debe obtener de parte del abogado una conducta dirigida a munirlo de toda la información útil para el tratamiento del caso, evitando la información no esencial<sup>80</sup>.

YVES SERRA afirma que "guardián de los intereses de su cliente, el abogado está sujeto, en ciertas circunstancias, en el marco de su deber de consejo, a una obligación de resultado consistente en informar a su cliente y a provocar la reflexión de este último" sobre las consecuencias de determinado acto<sup>81</sup>.

La Corte de Casación francesa ha expuesto, en otro plano, que el abogado no se libera de sus obligaciones profesionales, entre ellas especialmente las de asesoramiento y consejo, por el solo hecho de las competencias personales de su cliente<sup>82</sup>.

#### **1.e) Deber de reducir los riesgos a que se somete al cliente.**

Otro deber profesional, y no de menor importancia, es el de reducir los riesgos a que se expone al cliente, deber que va de la mano con la obligación de indicarle al cliente a qué riesgo se expone; si éste asume voluntariamente luego de ser informado, los riesgos, el profesional queda liberado de compromiso. Pero si el profesional no informó al cliente los riesgos a que se exponía con la solución adoptada o, si el profesional eligió la opción por el cliente y lo hizo del modo más riesgoso, en sustitución de otras posibilidades

de acción más conservadoras o prudentes, la responsabilidad del experto se impone.

En materia médica, Jean PENNEAU anotó un fallo de la Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, donde se reafirmó un principio que parece indiscutible: un cirujano debe abstenerse de practicar una intervención cuando no existe necesidad terapéutica, pues en tal caso no se trata de una operación sino de una aventura<sup>83</sup>. La plataforma fáctica del caso resulta interesante de referir brevemente: se trató de una operación destinada a obtener un alargamiento de los miembros inferiores de una niña cuya talla, según los parámetros corrientes estaba en el límite de la insuficiencia de estatura, no alcanzando un supuesto de enanismo; el cirujano utilizó una técnica importada de la URSS, que no había sido empleada en Francia hasta ese momento.

El Código de Deontología médica francés de 1995, mantiene la regla que ya figuraba en el viejo código, según la cual el médico no debe en la terapéutica que prescribe o en las intervenciones que realiza, hacer correr al enfermo un riesgo injustificado; es esta la regla de la razón proporcionada<sup>84</sup>.

El beneficio buscado debe ser comparado con el riesgo corrido. Esta regla ha sido largamente debatida con relación a la cirugía estética, pero se aplica a todas las intervenciones quirúrgicas<sup>85</sup> y a todos los actos profesionales de los profesionales de todas clases.

Respecto de esta causal resulta útil referir las consideraciones que hiciera la Corte administrativa de Apelaciones de Lyon, en el caso "Gómez". Allí resolvió el citado tribunal que la utilización de una terapéutica novedosa, cuando sus consecuencias no son enteramente conocidas todavía, crea un riesgo especial para los enfermos que han sido objeto de ella; por ello, cuando recurrir a tal terapéutica no se impone por razones vitales y las complicaciones excepcionales y anormalmente graves han sido directamente causadas por ella, se genera responsabilidad, aún en ausencia de culpa comprobada del médico o del servicio público hospitalario<sup>86</sup>.

También en otras profesiones constituye un imperativo la reducción del riesgo al mínimo posible, evitando asumir posiciones de riesgo innecesario, como ocurre por ejemplo en la abogacía al aconsejar al cliente la interposición de recursos o la promoción de acciones que se sabe de antemano muy riesgosas para sus intereses.

Por caso, si un letrado adopta una estrategia que objetivamente entraña riesgo para el cliente, y si a ello va unido que éste no fue informado convenientemente ni le fue requerido su necesario consentimiento, esta situación encuadra en la

previsión del art. 6 inc. e) ley 23187<sup>87</sup>, configurándose un supuesto de mal desempeño de la profesión.

El quebrantamiento del principio de reducción de riesgos compromete la responsabilidad del profesional.

## **2) Observaciones.**

Un repaso liminar por los meandros del derecho civil europeo, permite extraer algunas conclusiones provisionales sobre la actualidad de la responsabilidad profesional:

a) Inconveniencia de la objetivación genérica de la responsabilidad profesional. No compartimos en absoluto el criterio de objetivar la responsabilidad de los profesionales. Es más, aún quienes proponen una objetivación “equilibrada”<sup>88</sup> deben, inmediatamente después, reconocer los riesgos que tal objetivación entraña los que, además, admiten no se pueden ponderar previamente con exactitud.

Es así que nos parece una ocurrencia la objetivación genérica de la responsabilidad profesional, sea equilibrada o sea extrema. Creemos que tales “soluciones” no son una respuesta adecuada a problemas serios, que ameritan por ende soluciones serias y ponderadas.

Respecto de los médicos, pero aplicable a los profesionales en general, con su reconocida maestría y solvencia el maestro SANTOS BRIZ en un voto suyo postuló que “La obligación del profesional sanitario no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, ya que está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle con diligencia y plena dedicación todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia (lex artis ad hoc) y la situación actual de los conocimientos en medicina. En este sector del resarcimiento de daños no es de aplicación la idea de responsabilidad objetiva, por lo que no puede prosperar la acción de responsabilidad si no se ha probado una culpa incontestable, patente, en el demandado, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes <sup>89</sup>.

Compartimos cada palabra de dicho voto y creemos que para responsabilizar a un profesional por un acto suyo, debe existir una culpa o negligencia –por acción u omisión- de éste, probada en juicio, en el desarrollo de dicho acto. Nos manifestamos de tal modo contrarios a la objetivización de la responsabilidad profesional en general, excepción hecha, de algún supuesto puntual, que por sus características merezca tal tratamiento.

En nuestro entendimiento, la culpa debe seguir –y de hecho sigue- siendo el eje del sistema de responsabilidad civil<sup>90</sup>, pero despojada del tizne moral que algunos le endilgan, convirtiéndose en una culpa ob causante, una culpa objetivada, por así decirlo.

Sin embargo, cabe aclarar que sí puede –y en ocasiones debe- objetivarse la responsabilidad de los sanatorios, clínicas y nosocomios que prestan servicios médicos, pues contando ellos con una organización empresarial perfeccionada y de envergadura, destinada a efectuar tales prestaciones, no les son aplicables los criterios que pueden utilizarse respecto de simples médicos que brindan sus servicios en humildes consultorios o en las propias casas de los pacientes. Por ello compartimos el criterio del Tribunal Supremo de España, a partir de un voto del maestro Xavier O' Callaghan Muñoz, que sostuvo que la responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, “hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva”<sup>91</sup>.

Por nuestra parte coincidimos con nuestro maestro Félix TRIGO REPRESAS sobre que el factor de atribución de la responsabilidad civil de los profesionales en general y de los médicos en particular es subjetivo, siendo necesario entonces que quien con su obrar resultó autor del daño causado, pueda ser tenido además como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo o propiamente culpa o negligencia<sup>92</sup>. También ha expuesto el autor que “La culpa comienza en efecto cuando terminan las discusiones científicas y no puede exigírsele a un médico más de lo que sea posible hacer al promedio de quienes desempeñan igual profesión o especialidad”<sup>93</sup>.

Es así que no nos convence la objetivación integral de la responsabilidad profesional, sin perjuicio de que esa objetivización sea necesaria en algunos

T E M A S  
SOCIO-JURÍDICOS

supuestos excepcionales, coincidiendo con la consideración de las obligaciones incumplidas que les dan origen como obligaciones de resultado.

b) Supervivencia de la culpa como factor de atribución de responsabilidad profesional.

Creemos también que “una visión mecanicista del responder podrá llegar a reparar el perjuicio sufrido por el damnificado, pero su posible eficacia se verá menguada si prescinde de considerar la culpabilidad”<sup>94</sup>.

Además, como dijera brillantemente geniales juristas europeos, el libre juego de las fuerzas sociales -el *laissez faire*- encuentra su expresión más genuina no sólo en la libertad de dominio y en la libertad contractual, sino también, dentro del plano de la responsabilidad, en el principio de la culpa<sup>95</sup>.

Según el galano decir de RADÉ, “la culpa irradia como un sol el derecho de la responsabilidad civil. Ello es así, naturalmente porque la culpa es un presupuesto de la responsabilidad, sea que ella esté probada, sea que el ordenamiento simplemente la presuma en algunos casos. Pero la culpa forma un mismo cuerpo con la responsabilidad civil, en la que ella constituye el fundamento, por no decir su alma, en la mayoría de las hipótesis. Y puede sacarse una lección principal de un siglo de esfuerzos constantes de la jurisprudencia para aminorar la vigencia de la culpa: no parece posible que la culpa y la responsabilidad civil vivan separadas de hecho y el divorcio entre ellas, que algunos agoreros han dictaminado debe juzgarse carente de todo apoyo real y normativo”<sup>96</sup>.

Y, en lo estrictamente tocante a la responsabilidad de los profesionales, ello ocurre con particular énfasis. Bien ha expuesto José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ que “... Las notas que, usualmente, caracterizan la responsabilidad profesional son las siguientes:

1. La responsabilidad profesional tiene una pluralidad de fuentes, ya que no cabe caracterizarla o incluirla, exclusivamente, como responsabilidad contractual o extracontractual. Diversas resoluciones jurisprudenciales la han tildado de “responsabilidad extacontractual derivada de contrato” admitiendo que la fundamentación jurídica de las reclamaciones se basara, tanto en el art. 1101, como en el 1902 del Código Civil.
2. La responsabilidad civil de los profesionales exige los mismos requisitos generales que se predicán de cualquier caso de responsabilidad, a saber: a) acto u omisión antijurídicos; b) producción de un daño; c) relación de causalidad entre el acto u omisión y el daño; y d) culpa o negligencia o cualquier otro título válido de imputación.

3. La culpa del profesional no cabe incardinarla en la moderna teoría del riesgo, ni cabe aplicar a ella plantamientos objetivadores, ni aun postular en este terreno inversiones probatorias. Sigue respondiendo a los tradicionales criterios que exigen “culpa o negligencia”, por cuanto la obligación del profesional no constituye una obligación de resultado, sino que tiende, simplemente, a poner los medios necesarios y la habilidad precisa en cada campo de actuación, esto es, lo que ... denominamos “lex artis ad hoc”, que no es, sino la norma de conducta precisa a que deben sujetarse los profesionales en su actuar, atendidas las circunstancias concurrentes en cada concreto supuesto. Dicha norma de conducta constituye una adecuada regla para medir la conducta profesional, y que toma en consideración diversos parámetros, esencialmente, a) la adecuación de la conducta con la técnica normal requerida; b) la capacidad técnico-profesional del experto y c) la adaptación al caso concreto.
4. Corresponde al perjudicado probar la existencia del daño, su cuantía o extensión, la intervención del agente en su producción, su falta de diligencia y el nexo causal preciso y, ello, de acuerdo con el principio general que en materia probatoria establece el art. 1214 de nuestro Código<sup>97</sup>.

c) Ideología de la reparación:

En un párrafo genial, el maestro Denis MAZEAUD ha desnudado la ideología que impregna las mentes de notorios jueces y juristas, exponiendo que «Debe indemnizarse»! Tal es el slogan con que martillean, después de más de un siglo, la ley y la jurisprudencia, y que les ha conducido con toda buena conciencia, a recurrir, en nombre de «la ideología de la reparación», a manipulaciones jurídicas más o menos groseras en vista de reparar toda suerte de perjuicios. El imperativo de indemnización, que se aprecia sin dificultad en el estado de ánimo de legisladores y jueces, en primer lugar, ha importado el retroceso y la mutación de la culpa, considerada como un obstáculo a su expansión. Puede, en segundo lugar, contarse la irreductible incertidumbre que afecta a la noción de perjuicio, con la remarcable plasticidad, así como las profundas metamorfosis de que ha sido objeto, que traduce la sorprendente precariedad conceptual e ilustra sobre los múltiples forzamientos y torsiones que han hecho perder a la responsabilidad civil su simplicidad y su coherencia originales. Ninguna duda que el ya celeberrimo arrêt dictado por la Asamblea plenaria, del 17 nov. 2000, se inscribe perfectamente en esta tendencia grave de nuestro derecho contemporáneo que se traduce ineluctablemente por el divorcio entre la indemnización y la responsabilidad<sup>98</sup>.

Esta “ideología de la reparación” tiene manifestaciones graves y tangibles en el derecho europeo –también en el argentino– pudiendo citarse, paradigmáticamente, entre ellas la agravación extrema de las consecuencias

de la falta de información suficiente al paciente por parte del médico, que según algunos preconizan puede hacer nacer una obligación indemnizatoria ex nihilo, es decir, aún a falta de toda omisión o negligencia del galeno en su prestación, lo que nos resulta inaceptable.

No nos parece que sea buena idea hacer de la reparación del perjuicio una ideología, pues como toda ideología, al ser extrema, hace perder a quien la porta objetividad y medida, asumiéndola hasta extremos de otra forma inconcebibles, como ha pasado con la indemnización del daño, que ha llegado a obsesionar a juristas de fuste, y que se ha manifestado en un extremo inconveniente: la desnaturalización o desvirtuación de uno o varios de los presupuestos de la responsabilidad, lo que provoca un concepto mucho más flexible y light de daño resarcible, afectando a la justicia y a la seguridad jurídica.

### NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>1</sup> Texto de la disertación del Dr. Marcelo J. López Mesa ante la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en el acto de asunción como Académico de esa Corporación, desarrollado en Córdoba, el día 11 de Mayo de 2004.

<sup>2</sup> Académico correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba - Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires - Profesor Titular de Derecho Civil (Universidad de Palermo - Universidad Argentina de la Empresa (UADE) - Prof. Titular del Postgrado en Derecho Civil de la Universidad Nacional de La Plata - Autor de ocho libros en diversas materias de derecho civil.

<sup>3</sup> MAYAUD, Yves, La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César..., Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Chroniques, p. 345.

<sup>4</sup> Vid el fallo de la CSJN in re "Zambrana Daza, Norma", publicado en LL 1999-B-166.

<sup>5</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A. - LÓPEZ MESA, Marcelo J., Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Bs. As., 2004, T. II, p. 314.

<sup>6</sup> TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado, cit., T. II, p. 316.

<sup>7</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, El deber de secreto del profesional, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", XXII Coloquio de derecho europeo, Carlos María Romeo Casabona (Coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit, p. 157; en similar sentido, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad por daños, cit, T. II-A, p. 168..

<sup>8</sup> Por caso, luego de que el médico informa al cliente de su estado, y pronóstico de su dolencia, le indica cuál es a su juicio el tratamiento acorde a la misma para, por último, requerir su consentimiento para practicarla. Por ello se ha dicho que la información del paciente resulta esencial para que éste pueda decidir, siempre que se halle conciente y que la urgencia no sea absoluta (HAIM, Victor, De l'information du patient à l'indemnisation de la victime par ricochet. Réflexion sur quelques questions d'actualité, Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Chroniques, p. 125).

<sup>9</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales - Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", XXII Coloquio de derecho europeo, Carlos María Romeo Casabona (Coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit, p. 418.

- <sup>10</sup> ROMEO CASABONA, Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 416.
- <sup>11</sup> PLAZA PENADÉS, Javier, El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 69.
- <sup>12</sup> PALMIERI, A., Relazione medico paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista, en "Foro italiano", T. 1997- I, p. 777, comentando el fallo de la Sección III de la Corte de Casación italiana del 15/1/97, sent. Nº 364, in re "Scarpetta"; en similar sentido, VON EYBEN, Bo, Professional's duty to inform their customers, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", ROMEO CASABONA (Ed.), Canarias, 1993, pp. 134 y ss.
- <sup>13</sup> Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 24/5/95, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LL (Esp.) t. 1995-3, p. 554 (caso 16886-R).
- <sup>14</sup> BILANCETTI, Mauro, La responsabilità penale e civile del medico, 5ª edic., Cedam, Padova, 2003, p. 975.
- <sup>15</sup> SAVATIER, René, Responsabilité médicale, París, 1956, pp. 23 y ss.
- <sup>16</sup> SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil. Temas actuales, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 206.
- <sup>17</sup> PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145.
- <sup>18</sup> PALMIERI, A., Relazione medico paziente tra consenso globale e responsabilità del professionista, cit., en "Foro italiano", T. 1997- I, p. 778.
- <sup>19</sup> LE TOURNEAU, Philippe - CADIET, Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, París, 1998, p. 319, Nº 991.
- <sup>20</sup> Cfr. PALMIERI, op. cit., p. 779 y ss; en similar sentido, PLAZA PENADÉS, J., El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, cit, p. 71; Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, in re "Guyomar", en Dalloz, t. 1997, Sec. Inf., p. 236 y en Juris-Classeur Périod., t. 1997, Nº 22942, con nota de Pierre SARGOS.
- <sup>21</sup> Cfr. DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, El consentimiento informado y la información clínica en el derecho español, en "Derecho médico. Tratado de derecho sanitario", dirigido por MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis y DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo, Madrid, AEDS (Asociación Española de Derecho Sanitario), t. I, pp. 323 y ss.
- <sup>22</sup> Corte de Casación italiana, Sección III, en sent. Nº 10014, del 25/11/94, "Sforza c/ Milesi Olgiati", en "Foro italiano", t. 1995-I, p. 2913 y en "Nuova giurisprudenza civile commentata", t. 1995- I, p. 937.
- <sup>23</sup> Audiencia Provincial de Zaragoza, Secc. 2ª, 27/5/95, ponente: Sr. Mora Mateo, LL (Esp.), t. 1995-4, p. 175, con cita de dos sentencias del Trib. Supremo de fecha 12/2/88 y 23/4/92.
- <sup>24</sup> Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 23/4/92, ponente: Sr. Gullón Ballesteros, LL (Esp.), t. 1992-3, p. 678 (caso 14692-R).
- <sup>25</sup> Corte de Casación francesa, 1ª Cám. Civil, 22/11/94, Dalloz, 1995, sec. Inf., p.12; Corte de Apelaciones de París, 17/12/93, en «Gazette du Palais», t. 1994-1, p. 147.
- <sup>26</sup> PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, pp. 145 y ss.
- <sup>27</sup> En este sentido, vid, sent. Corte de Casación, 1ª Cámara (sección) civil., 14/4/61, en «Gazette du Palais», t. 1961-2, p. 53 ; ídem, 23/5/73, en Juris-Classeur Périod. T. 1975-II, Nº 17955, con nota de R. SAVATIER; ídem, 29/5/84, en Dalloz, t. 1985, sec. Jurisprudence, p. 281 ; ídem., 3/1/91, en «Bulletin Civ.», t. I, Nº 5; ídem, 2/3/94, en «Resp. civ. et assur.», t. 1994, Nº 220..
- <sup>28</sup> GUIGUE, J., su nota sobre una sentencia de la Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, del 25/2/97, en «Gazette du Palais», t. 1997-1, p. 279; PORCHY, Stéphanie, Volonté du malade et responsabilité du médecin, tesis presentada en la Universidad Jean Moulin Lyon III, citada en PORCHY, Stéphanie, Redéfinition par la Cour de cassation des critères de l'information médicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, pp. 145 y ss.

- <sup>29</sup> Cfr. observaciones de G. VINEY a ese fallo, en *Juris-Classeur Périod.*, t. 1997- I, N.º 4025; nota de Jean PENNEAU, en *Dalloz*, t. 1997, cit, sec. *Sommaires commentés*, p. 319; LE TOURNEAU y CADIET, *Droit de la responsabilité*, cit., p. 319, N.º 993. Y a favor del criterio de la Casación, PORCHY, Stéphanie, *Redéfinition par la Cour de cassation...*, cit, *Dalloz*, t. 1999, sec. *Jurisprudence*, p. 145.
- <sup>30</sup> Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, in re "Guyomar", en *Dalloz*, t. 1997, Sec. Inf., p. 236 y en *Juris-Classeur Périod.*, t. 1997, N.º 22942, con nota de Pierre SARGOS.
- <sup>31</sup> PORCHY, Stéphanie, *Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient*, en *Dalloz*, t. 1998, sec. *Chronicle*, p. 379.
- <sup>32</sup> Alguna doctrina ha considerado que la nueva referencia jurisprudencial a la gravedad del riesgo se justifica plenamente, porque la noción misma de riesgo grave resulta fácil de aprehender (PORCHY, *Redéfinition*, cit., p. 148), afirmación que no compartimos, pareciéndonos un criterio innecesariamente ambiguo, que genera inseguridad tanto en pacientes como en médicos.
- <sup>33</sup> Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, arrêt "Guyomar", en *Dalloz* 1997, Sec. Inf., p. 236 y en *Juris-Classeur*, 1997, N.º 22942.
- <sup>34</sup> PORCHY, Stéphanie, *Redéfinition par la Cour de cassation...*, cit, *Dalloz* 1999, sec. *Jurisprudence*, p. 145.
- <sup>35</sup> Cfr. LE TOURNEAU y CADIET, *Droit de la responsabilité*, cit., p. 319, N.º 993.
- <sup>36</sup> PORCHY, Stéphanie, *Redéfinition par la Cour de cassation...*, cit, *Dalloz*, t. 1999, sec. *Jurisprudence*, p. 145.
- <sup>37</sup> PORCHY, Stéphanie, *Redéfinition ...*, cit, *Dalloz*, t. 1999, sec. *Jurisprudence*, p. 145.
- <sup>38</sup> Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., 15/7/99, caso No. 97-20.160, *Recueil Dalloz*, t. 1999, sec. *sommaires commentés*, p. 393; ídem, 18/7/00, caso No. 99-10.886 (No. 1321 F-P), *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. *Informations rapides*, p. 217.
- <sup>39</sup> Consejo de Estado francés, 5/1/00, caso No. 181899, *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. *Informations rapides*, p. 28.
- <sup>40</sup> MAZEAUD, Denis, *L'obligation d'information du médecin englobe aussi les risques qui se réalisent exceptionnellement*, *Recueil Dalloz*, t. 1999, sec. *Sommaires commentés*, p. 259.
- <sup>41</sup> MAZEAUD, Denis, *L'obligation d'information du médecin englobe...*, cit, *Dalloz*, t. 1999, sec. *Sommaires commentés*, p. 261.
- <sup>42</sup> En este sentido se ha pronunciado la Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., en sentencia del 21/5/96, en *Dalloz*, t. 1997, sec. *Sommaires commentés*, p. 320, con nota de Denis MAZEAUD y en *Juris-Classeur Périodique*, t. 1996-I, No. 3895, con nota de G. VINEY.
- <sup>43</sup> LE TOURNEAU y CADIET, *Droit de la responsabilité*, cit., p. 319, N.º 993.
- <sup>44</sup> Corte de Casación francesa, 1ª Cám. Civil, 18/1/00, caso No. 97-17.716 (No. 72 P), en *Recueil Dalloz* 2001, sec. *Jurisprudence*, p. 3559. Pese a ello MATHIEU-IZORCHE (Prof. de Montpellier), en su artículo *Obligations du médecin: informer, ou convaincre?*, publicado en *Recueil Dalloz*, t. 2001, sec. *Jurisprudence*, p. 3559, como comentario a esa sentencia, se pregunta si en realidad la obligación no es de convencer en lugar de informar, concluyendo que "él (el médico) debe sin duda intentar convencer al paciente de la existencia de riesgos excesivos, esperando que el paciente retire su pretensión, cuando su pedido sea irreflexivo, pero, como él no está obligado a conseguir convencer al enfermo, debe cerrar el debate y rechazar la intervención" (MATHIEU-IZORCHE, *Obligations du médecin: informer, ou convaincre?*, *Recueil Dalloz*, t. 2001, sec. *Jurisprudence*, p. 3567).
- <sup>45</sup> CARBONE, V., *L'informazione sulle possibili anestesia e sui relativi rischi*, en "Danno e responsabilità", t. 1997-2, p. 183; SPIRITO, A., *Responsabilità professionale ed obbligo d'informazione*, en "Danno e resp.", t. 1996-1, p. 24.

- <sup>46</sup> Cfr. Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 14/10/97, in re "Guyomar", en Dalloz, t. 1997, Sec. Inf., p. 236 y en *Juris-Classeur Périod.*, t. 1997, N° 22942, con nota de Pierre SARGOS.
- <sup>47</sup> FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente, en "Estudios de responsabilidad civil. En homenaje al Profesor Roberto López Cabana", cit, p. 132.
- <sup>48</sup> Cfr. DEEPAK CHOPRA, La curación cuántica. Explorando las fronteras de la medicina mental y corporal, Ed. Grijalbo, México, 1994, p. 54.
- <sup>49</sup> TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 324.
- <sup>50</sup> Audiencia Prov. de Zaragoza, Secc. 2ª, 27/5/95, ponente: Sr. Mora Mateo, LL (Esp.), t. 1995-4, p. 175.
- <sup>51</sup> TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 325.
- <sup>52</sup> Cabe recordar que el principio general en materia de información, en el derecho francés, es que excepto los casos de urgencia, de imposibilidad o de rechazo del paciente de ser informado, un médico está obligado a darle una información leal, clara y apropiada sobre los riesgos graves relativos a la investigación y cuidado propuesto; el médico no se libera de esta obligación por el solo hecho de que los riesgos se realicen excepcionalmente (Corte de Casación, 1ª Cám. Civ., 7/10/98, caso N° 97-10.267, en *Recueil Dalloz*, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145). Si se aprecia bien la cuestión, ya en el principio general existen importantes excepciones a la obligación de informar; la excepción por conveniencia terapéutica viene a ser otra excepción, que por tanto debe interpretarse estrictamente, pues de otro modo, se convertiría en el cómodo expediente para liberar al médico de una manera indirecta de una obligación esencial suya.
- <sup>53</sup> Corte de casación, 1ª Cám. Civ., 23/5/00, en *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 470.
- <sup>54</sup> En un caso reciente, la Corte de Casación consideró que no podía invocar motivos terapéuticos el médico que no había comunicado a la paciente los resultados alarmantes de un exámen que justificaba una consulta especializada en genética y en ecografía, omisión que hizo perder a la madre la posibilidad de recurrir a una amniocentesis y a una interrupción del embarazo; la Corte consideró que la culpa del médico se hallaba en relación directa con el perjuicio resultante para el niño que nació minusválido (Corte de Casación, en pleno, 28/11/01, en *Recueil Dalloz*, t. 2001, sec. Informations rapides, p. 3588).
- <sup>55</sup> JOURDAIN, Patrice, Limitation thérapeutique de l'information medicale en matière de diagnostic, *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 471.
- <sup>56</sup> JOURDAIN, Patrice, Limitation thérapeutique de l'information medicale en matière de diagnostic, en *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 470.
- <sup>57</sup> TRIGO REPRESAS – LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 327.
- <sup>58</sup> Cfr. Sección III de la Corte de Casación italiana, sent. N° 10014, del 25/11/94, in re "Sforza c. Milesi Olgiati", en "Foro italiano", t. 1995- I, p. 2913 y en "Nuova giurisprudenza civile commentata", t. 1995- I, p. 937; BILANCETTI, Mauro, La responsabilità penale e civile del medico, 5ª edic., Cedam., Padova, 2003, p. 975.
- <sup>59</sup> BILANCETTI, M., La responsabilità del chirurgo estetico, en "Giurisprudenza italiana", t. 1997-2, vol. IV, p. 354 y ss; ídem, La responsabilità penale e civile del medico, cit, p. 975; en igual sentido, VON EYBEN, Bo, Professional's duty to inform their customers, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", ROMEO CASABONA edit., cit, p. 134.
- <sup>60</sup> Corte de Casación francesa, 1ª Sección civil, 20/6/00, *Dalloz*, t. 2000, sección Sommaires commentés, p. 471, con nota de Patrice JOURDAIN. .
- <sup>61</sup> PLAZA PENADÉS, J., El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, cit, p. 73.
- <sup>62</sup> Cfr. el fallo y el comentario de Patrice JOURDAIN, titulado Sanction de l'obligation d'information du médecin sur les risques d'un acte medical, en *Recueil Dalloz*, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 471.
- <sup>63</sup> Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 7/10/98, en *Juris-Classeur Périod.*, t. 1998-II, N° 10179, con nota de Pierre SARGOS y en *Dalloz*, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 145, con nota de S. PORCHY..

<sup>64</sup> PENNEAU, Jean. En l'absence de toute faute technique, la seule faute constituée par le défaut d'information du patient ne peut donner lieu à réparation du préjudice corporel résultant d'une intervention, Recueil Dalloz, t. 1995, sec. Sommaires commentés, p. 100.

<sup>65</sup> Vid a mayor abundamiento, LÓPEZ MESA, Marcelo, Los daños por mala praxis médica y su cuantificación en algunos aspectos particulares, en rev. La Ley del 1 de marzo de 2004, pp. 1 y ss.

<sup>66</sup> TRIGO REPRESAS- LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, cit, T. II, p. 337.

<sup>67</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis, La responsabilidad civil médico-sanitaria, colección "Jurisprudencia Práctica", Editorial Tecnos, Madrid, p. 7.

<sup>68</sup> Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 7/2/90, ponente: Sr. Fernández Rodríguez, LL (Esp.) t. 1990-2, p. 481. También han empleado el paradigma de la "lex artis ad hoc" las siguientes sentencias: Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 2/2/93, ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo, Archivo LL (Esp.), t. 1993, Nº . 460; TS, Sala 1ª, 29/6/90, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LL (Esp.), t. 1990-4, p. 192; ídem, 11/3/91, ponente: Sr. Martínez Calcerrada y Gómez, LL (Esp.), t. 1992-3, p. 192; ídem, 20/2/92, ponente: Sr. Burgos y Pérez de Andrade, Archivo LL (Esp.), t. 1992, Nº 2979; Audiencia Provincial de Tarragona, Secc. 1ª, 23/3/92, ponente: Sra. Aparicio Mateo, LL (Esp.), t. 1992-2, p. 303.

<sup>69</sup> En ocasiones la conducta culposa del médico puede degenerar en delito criminal. En un caso tal, la CSJN resolvió que es penalmente responsable del delito de homicidio culposo el profesional médico, que conociendo que estaba asistiendo a una persona alérgica a las drogas, lo cual lo obligaba a extremar los recaudos para la selección del material terapéutico, le prescribió un medicamento que le produjo la muerte. Obvio resulta que aquél tuvo la posibilidad cierta y concreta de advertir el peligro para la vida que representaba la administración de tal medicamento, verificándose de tal manera la violación de un elemental deber de cuidado, que basta para fundar claramente la responsabilidad penal por el resultado producido (CSJN, 8/8/89, "Abelenda, Eloy F.", LL 1990-E-433 y DJ 1989-2-746).

<sup>70</sup> TRIGO REPRESAS-LÓPEZ MESA, Tratado, cit., T. II, p. 338.

<sup>71</sup> En una sentencia reciente del Tribunal Supremo de España se dispuso que el dejar luego de una operación una gasa dentro de la herida constituye una omisión "de cuya culpabilidad no cabe duda", que implica un inicial incumplimiento de la obligación de prestar correctamente el servicio médico (Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 29/11/02, sent. Nº 1152/2002, ponente: Sr. O'Callaghan Muñoz, sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/51858).

<sup>72</sup> Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 25/5/83; corte en el uréter (Corte de Cas., 1ª Cám. Civil, 5/7/78 y 27/1/93, arrêt N° 191.

<sup>73</sup> Corte de Casación, 1ª Cám. Civil, 8/10/91, arrêt N° 1151, no publicado.

<sup>74</sup> Corte de Casación francesa, 1ª Cám. Civil, 27/10/70), todos los casos han sido citados por SARGOS, Pierre, en su artículo titulado Tout fait maladroit d'un chirurgien engage sa responsabilité, Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Jurisprudence, p. 189.

<sup>75</sup> Cfr. BON, Pierre - DE BÉCHILLON Denys, Responsabilité d'un centre hospitalier pour faute simple et maladresse commise par un chirurgien au cours d'une intervention chirurgicale, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Sommaires commentés, p. 49.

<sup>76</sup> FAVALE, Rocco, La responsabilit  civile del professionista forense, cit, p. 77.

<sup>77</sup> Corte de Apelaciones de Par s, Sala 1ª, 19/11/01, en Recueil Dalloz, t. 2002, sec. Informations rapides, p. 39.

<sup>78</sup> LE TOURNEAU y CADIET, Droit de la responsabilit , cit, p. 635, N° 2447; en similar sentido, Corte de Apelaciones de Par s, 29/9/81, en «Gacette du Palais», t. 1982-1, p. 124; HAMELIN, V. J. - DAMIEN, A., Les règles de la profession d'avocat, 8ª edic., Dalloz, Par s, 1995, N° 309.

<sup>79</sup> LE TOURNEAU - CADIET, Droit de la responsabilit , cit, p. 635, N° 2447 in medio.

<sup>80</sup> FAVALE, Rocco, La responsabilit  civile del professionista forense, cit, p. 77.

- <sup>81</sup> SERRA, Yves, Le devoir de conseil de l'avocat impose à celui-ci d'attirer l'attention de son client sur les conséquences financières de la rupture du contrat de travail résultant de l'existence d'une clause de non-concurrence, en Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Sommaires commentés, p. 102.
- <sup>82</sup> Corte de casación, 1ª Cám. Civ., 19/5/99, caso N° 96-20.332, en Recueil Dalloz, t. 2000, sec. Sommaires commentés, p. 153.
- <sup>83</sup> PENNEAU, Jean, Il appartient à un chirurgien de s'abstenir de pratiquer une intervention sans nécessité thérapeutique, Recueil Dalloz, t. 1995, sec. sommaires commentés, p. 100
- <sup>84</sup> MÉMETEAU, Traité de la responsabilité médicale. Les études hospitalières, Paris, 1996, N° 109 y s.
- <sup>85</sup> Cfr. LAROCHE-GISSEROT, Florence, L'acharnement procréatif en cause, Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Jurisprudence, p. 530.
- <sup>86</sup> Vid el fallo y el comentario al mismo de BON, Pierre y TERNEYRE, Philippe, Risque spécial créé par l'utilisation d'une thérapeutique nouvelle et responsabilité sans faute du service hospitalier en cas de complications exceptionnelles et anormalement graves, Recueil Dalloz, t. 1991, sec. Sommaires commentés, p. 292.
- <sup>87</sup> Cám. Nac. Fed. Contadm., Sala II, 16/2/92, "R., J. L. y otras", JA 1994-I- sint.
- <sup>88</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales - Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas, en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales", XXII Coloquio de derecho europeo, Carlos María Romeo Casabona (Coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit, pp. 410/411.
- <sup>89</sup> Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 4/3/93, ponente: Sr. Santos Briz, Archivo LL (Esp.), t. 1993, p. 553.
- <sup>90</sup> En este sentido se ha pronunciado importante doctrina: SALERNO, Marcelo Urbano, Culpa y sanción, LL 1993-C-1044; CAZEUX-TRIGO REPRESAS, Derecho de las obligaciones, Edit. Platense, La Plata, 1996, T. IV, p. 502, N° 2412; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso de derecho de las obligaciones, Depalma, Bs. As., 2001, T. III, p. 78; MOSSET ITURRASPE, Responsabilidad por daños, Ediar, Bs. As., 1971, v. I, pp. 129 y ss; N° 53 y nota 179; BREBBIA, Roberto H., Vigencia y jerarquía de la responsabilidad civil por culpa en el derecho positivo argentino, LL 1990-B-1074; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, Manual de obligaciones, Astrea, Bs. As., 1997, p. 599; CASIELLO, Juan J., Concurrencia de culpa y riesgo en el accidente automotor, LL 1990-C-509.
- <sup>91</sup> Trib. Supremo de España, Sala 1ª, 29/11/02, sent. N° 1152/2002, ponente: Sr. O'Callaghan Muñoz, sist. Inform. El Derecho (Esp.), caso 2002/51858.
- <sup>92</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A., El carácter algo conjetural de la medicina y la configuración de la "mala praxis" médica, LL 1997-C-593.
- <sup>93</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A., El carácter algo conjetural de la medicina y la configuración de la "mala praxis" médica, LL 1997-C-595.
- <sup>94</sup> SALERNO, Marcelo U., Culpa y sanción, en "Derecho de Daños", cit, p. 285; LÓPEZ MESA, Marcelo, Curso, cit, T. III, pp. 79/80.
- <sup>95</sup> En este sentido, PONZANELLI, G., La responsabilità civile. Profili di diritto comparato, Edit. Il Mulino, Bolonia, 1991, pp. 50 y ss; PENA LÓPEZ, José Ma., prólogo cit, p. XXIX; DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Civitas, Madrid, 1993, p. 323.
- <sup>96</sup> RADÉ, Christophe L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile, en Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Chroniques, p. 301.
- <sup>97</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis, Derecho de daños, 2ª edic., Bosch, Narcelona, 1999, p. 241.
- <sup>98</sup> MAZEAUD, Denis, Réflexions sur un malentendu, Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, p. 332.