

El médico y la naturaleza de sus obligaciones.

(Medicina curativa y medicina voluntaria:
obligaciones del médico en cada una).

Por Marcelo J. López Mesa

1) El médico y las obligaciones de medios.

A manera de premisa inicial de este estudio dejaremos explicitado que la mayoría de la doctrina, tanto argentina¹ como extranjera², al igual que la jurisprudencia

¹ Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), "Tratado de responsabilidad médica", de Marcelo J. López Mesa - Philippe le Tourneau - Jorge Santos Ballesteros - Domingo Bello Janeiro - Reyna Carrillo Fabela - José Daniel Cesano, Edit. Legis - Ubijus, Bogotá - México DF, 2007, p. 128; PIZARRO, Ramón Daniel, Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual, Edit. La Ley, Bs. As., 2006, vol. III, p. 219; MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Curso de obligaciones, 2ª edic., Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, T. I, p. 251; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Constituye mala praxis médica omitir el debido seguimiento post-operatorio del paciente, en LL 1995-A-325 y ss; ídem, Cuestiones de responsabilidad médica subsecuentes a un acto quirúrgico delicado, LL 1993-C. 11; ídem, Teoría general de la responsabilidad civil, cit, p. 396, Nº 1376; TRIGO REPRESAS - LÓPEZ MESA, Tratado de la responsabilidad civil, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2004, T. II, p. 347; MENEGHINI, Roberto A., Responsabilidad civil médica: Jefe de equipo quirúrgico, DJ rev. 9/8/06, p. 1065; FERNÁNDEZ MADERO, Jaime, El daño en intervenciones de cirugía plástica, LL 2002-C, 920; COMPAGNUCCI DE CASO, Ruben H., La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica, LL 1995D-549; LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., La responsabilidad civil directa del médico anestesista y de la institución sanatorial por la ocurrencia de un paro cardiorespiratorio en un menor, LL Litoral 19982-172; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., Importantísimos aspectos del derecho de daños en un fallo sobre responsabilidad médica, LL 1996D-447; ídem, Algunos principios de la responsabilidad civil médica, LL 1999-B, 689; ídem, Responsabilidad civil en la cirugía plástica y obstetricia, LL 1995-B, 1238. MÜLLER, Silvia, Responsabilidad médica e indemnización de daños, LL 1994-B-297; BULIT GOÑI, Luis G., Algunas reflexiones acerca del diagnóstico genético y la responsabilidad civil del profesional, LL 1993-A, 925; TARABORRELLI, José N., Eximentes de responsabilidad médica en los supuestos de error excusable, caso fortuito y fuerza mayor, conducta del enfermo y fracaso del tratamiento, JA 1994-III-863.; PICASSO, Sebastián, La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios, LL 2000-C, 991 y "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", Tomo I, p. 1169; LÓPEZ MESA, Marcelo - TRIGO REPRESAS, Félix, Responsabilidad civil de los profesionales, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2005, pp. 453 y ss.

² Vid en este sentido, en la doctrina extranjera reciente, entre otros: ZORZI, Nadia, La responsabilidad civil del médico, en "Seminario Internacional de Responsabilidad Civil. Presente y Futuro", Ed. de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 123; LLAMAS POMBO, Eugenio, Doctrina general de la llamada culpa médica, en "Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro", Edición de la Xunta de Galicia y de la Escola Galega de Administración Pública (Domingo Bello Janeiro y Carlos Maluquer de Motes I Bernet, directores), Santiago de Compostela, 2005, p. 244; DíEZ-PICAZO, Luis - GULLÓN, Antonio, Sistema de derecho civil, 9ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 2002, vol. II, p. 135; KFOURI NETO, Miguel, Responsabilidade civil do médico, 5ª edic., Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 2003, p. 71; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, en "La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas", dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 215, punto 2.1.2.; TAMAYO LOMBANA, Alberto, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá, 2005, p. 35; LETE DEL RÍO, José M., Derecho de Obligaciones, 3ª edic., Edit. Tecnos, Madrid, 1995, vol. I, p. 51; STOLZE GAGLIANO, Pablo - PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Novo Curso de Direito Civil. Obrigações, 4ª edic., Editora Saraiva, Sao Paulo, 2004, p. 109; GALÁN CORTÉS, Julio César, Responsabilidad civil médica,

nacional³ y foránea⁴, han sostenido que la obligación que asume el médico frente al paciente, como regla, constituye un deber de medios y no una obligación de resultado.

Dejando a salvo aquellos contados autores que cuestionan la propia clasificación, prácticamente no existen disidencias sobre que en principio, la obligación que contrae el médico frente al paciente es de medios.

El problema está en que, luego de esta primera afirmación, los autores y los fallos dan entrada a las excepciones que suelen ser variadas y tan numerosas, que llegan a conmovir la regla inicialmente establecida.

Edit. Cívitas, Madrid, 2005, p. 63; AGUIAR-GUEVARA, Rafael, Tratado de derecho médico, Ed. Legis, Caracas, 2001, p. 142; JOURDAIN, Patrice, Les principes de la responsabilité civile, 6^a edic., Dalloz, París, 2003, p. 51; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos – DE PABLO CONTRERAS, Pedro – PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Angel – PARRA LUCÁN, María Angeles, Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 76; GONÇALVES, Carlos Roberto, Responsabilidade civil, Editora Saraiva, São Paulo, 2005, p. 370; ASÚA GONZÁLEZ, Clara, Responsabilidad civil médica, en REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), "Tratado de responsabilidad civil", Aranzadi, Navarra, 2006, p. 1177, N^{os}. 41 y 47 a 50; SILVA, Luiz Cláudio, Responsabilidade civil. Teoria e prática das ações, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 141; PLAZA PENADÉS, Javier, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 62; ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, 11^a edic., Bosch, Barcelona, 2002, actualizada por Fernando REGLERO CAMPOS, p. 38; DE SALVO VENOSA, Silvio, Direito Civil, vol. 4^o Responsabilidade civil, 5^a edic., Editora Atlas, Sao Paulo, 2005, p. 129; ídem, Direito civil. Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 5^a edic., Edit. Atlas, Sao Paulo, 2005, p. 81; PENNEAU, Jean, Le médecin est tenu d'une obligation de moyens et non de résultat quelle que soit la nature de son intervention, en Recueil Dalloz, t. 1991, sec. sommaires commentés, p. 180; CAVALIERI FILHO, Sergio, Programa de responsabilidade civil, 6^a edic., Malheiros editores, Sao Paulo, 2005, p. 392; DAGORNE-LABBE, Yannick, La nature de l'obligation du médecin à l'égard de ses patients, Recueil Dalloz, t. 1990, sec. Jurisprudence, p. 413; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, en PUIG I FERRIOL, Lluís - GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen – GIL RODRÍGUEZ, Jacinto - HUALDE SÁNCHEZ, José Javier, Manual de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, Marcial Pons edit., Madrid, 1996, p. 78, N^o 4; SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil. Temas actuales, Montecorvo, Madrid, 2001, p. 196 y ss; RIZZARDO, Arnaldo, Responsabilidade civil, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 325; LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, Edit. Dalloz, París, 2006, 6^a edic., p. 871, N^o 4207; ídem, De la responsabilité du chirurgien après une tentative infructueuse d'interruption volontaire licite de grossesse, Recueil Dalloz, t. 1990, sec. Jurisprudence, p. 286; RODRIGUES, Silvio, Direito Civil. Responsabilidade civil, Editora Saraiva, Sao Paulo, 2003, vol. 4, p. 248; SARGOS, Pierre, Tout fait maladroit d'un chirurgien engage sa responsabilité, Recueil Dalloz, t. 1997, sec. Jurisprudence p. 189; BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, Peculiaridades de la culpa del profesional liberal: consideraciones dogmáticas, en revista « Anales Derecho UC. Temas de responsabilidad civil », Año 1, N^o 1, cit. p. 36; DIDEROT THOUVENIN, Denis, Les arrêts de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1999) ou les masques de la faute, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Jurisprudence, p. 559; JARAMILLO Jr, Carlos Ignacio, Responsabilidad civil médica, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2002, p. 333.

³ En la jurisprudencia argentina, siguen este criterio entre muchos otros, los siguientes fallos: CNCiv, Sala D, 29/5/02, "A. F., M. E. c. S., C. D. y otro", RCyS, 2002, 443; ídem, 9/3/04, "F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica", RCyS, 2004-IV, 40; ídem, sala B, 4/3/04, "G. de O., G. c. Ciudad de Buenos Aires", RCyS 2004-IV, 70; ídem, Sala G, 2/3/04, "M., C. J. y otro c. Clínica del Niño de Quilmes S.A. y otros", LL 2004-C, 436; ídem, 31/8/2007, "A., S. G. M. c. S., J. y otro", en LL Online; ídem, sala L, 11/7/2007, "Laino, Miguel Angel c. Asoc. Francesa Filant y de Beneficencia Hospital Francés y otro", LL Online; ídem, Sala K, 3/07/03, "Tizzano, Miguel A. y otro c. Hospital Materno Infantil Ramón Sardá y otro", LL 2003-E, 133; ídem, 26/3/02, "Avanzato, Cristian Alejandro c/ G.C.B.A. y otro", LL 2002-C-839 y DJ 2002-2-906; ídem, 19/3/01, "A., E. G. y otro c. Clínica Privada San José Obrero S.R.L. y otros", JA 2001-IV,

Peor aún, lo opinable e imprevisible de cuándo se aplica la regla general y cuándo alguna excepción termina complicando el panorama y haciendo que todo el esquema sea inseguro.

Por ello en nuestro “Tratado de responsabilidad médica”⁵, sistematizando alguna prestigiosa doctrina y jurisprudencia europea actual, postulamos un esquema objetivo y previsible, para determinar en cada caso concreto si la obligación del médico era de medios o de resultado.

Dicho esquema básicamente explicado se basa en determinar, en cada práctica médica que se cuestione, si la existencia de necesidad terapéutica justificaba esa práctica o no.

2) La necesidad terapéutica y sus efectos sobre la obligación del médico.

La necesidad terapéutica es el elemento que permite distinguir dos campos de la medicina: a) el de la medicina terapéutica o curativa y b) el de la medicina perfectiva, satisfactiva o embellecedora, distinción sobre la que volveremos infra.

La necesidad terapéutica es la exigencia de realizar determinada práctica para mantener la vida o buena salud del paciente. Y suele ella definirse por la negativa, cuando en caso de no realizarse esa práctica la vida del paciente podría perderse o

584; Cám. Nac. Fed. CC, Sala 2ª, 30/5/00, “Pepe de Latorre, María y otros v. OSIM. y otros”, en Lexis Nexis online Nº 1/52838; Cám. CC Córdoba, 1ª Nom., 16/5/02, “Pérez de Cufre, Sumilda E. y otro c. Córdoba, Oscar C. y otro”, LL 2002- 871; ídem, 6ª Nom., 10/12/04, “Frache, Osvaldo P. y otros v. Caroni, Víctor R. y otros”, en Lexis Nexis online Nº 1/70021726-1; Cám. CC Trab. y Fam. Bell Ville, 20/4/01, “C. de P., N. E. c. Provincia de Córdoba y otro”, LL 2002-237; Cám. CC Mar del Plata, Sala 2ª, 28/8/03, “Giménez, Juan M. v. Hospital Interzonal de Agudos”, JA 2005-II-síntesis; Cám. CC Lomas de Zamora, Sala I, 18/9/03, “López Rodríguez, Leila J. y otra c. Municipalidad de Esteban Echeverría”, LLBA 2004- 526; Cám. CC Morón, Sala II, 22/5/03, “I. de M., L. y otro c. Hospital Vecinal de la Tablada”, RCyS, 2003-V, 118 y LLBA, 2003-1177; Cám. CC Azul, Sala I, 6/9/05, “A., G. D. c. S. A. S.A. y otra”, RCyS 2006-II, 93 y LLBA 2005 (diciembre), p. 1362; Cám. 1ª CC, Minas, Paz y Trib. Mendoza, 15/3/06, “P., T. de L. c. Sanatorio Fleming O.S.E.P.”, LL Gran Cuyo 2006 (junio), p. 691; Cám. CC y Min. Viedma, 17/3/06, “Gullota, Nicolás c. Clínica Viedma S.A. y otro”, LL Patagonia 2006 (agosto), p. 471; Cám. CC, Lab. y de Min. Santa Cruz, 10/11/05, “R., P. E. c. F., R. y otros”, LL Patagonia 2006 (abril), p. 240; Cám. CC San Martín, sala I, 9/8/05, “Sanoyal, Hilda c. Hospital José Domingo Mercante y otros”, LLBA 2006 (febrero), p. 127; ídem, 22/3/2007, “Díaz, Oscar Reinaldo c. Eusebio y otros”, LLBA 2007 (octubre), 1068.

⁴ Corte de Casación francesa, 1ª Sala civ., 28/6/89, Recueil Dalloz, t. 1990, sec. Jurisprudence, p. 413; ídem, 25/2/97, en Dalloz, t. 1997, sec. Inf. Rapides, p. 118; Corte de Apelaciones de París, 1ª Sala “B”, 15/1/99, Recueil Dalloz, t. 1999, sec. Informations rapides, p. 061; Corte Apel. Versailles, 1ª Sala, 28/3/96, en Dalloz, t. 1996, sec. Inf. Rapides, p. 138; ídem, 3ª Sala, 16/6/00, Recueil Dalloz, p. 2000, sec. Informations rapides, p. 251; Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 23/9/04, sent. núm. 896/2004, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, RJ 2004/5890; Audiencia Provincial de Granada, Sec. 4ª, 9/10/01, sent. núm. 587/2001, ponente: Sr. D. Moisés Lazuen Alcón, AC 2001\2535; Audiencia Provincial de Baleares, sec. 5ª, 24/1/05, sent. Nº 19/2005, en LL online; Audiencia Provincial de Asturias, Sec. 6ª, 5/4/00, sent. núm. 151/2000, ponente: Sra. Dª Elena Rodríguez-Vigil Rubio, AC 2000\1508; Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, 14/4/01, sent. núm. 11/2001, ponente: Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, RJ 2001\8968; Corte Constitucional de Colombia, 23/10/95, sentencia citada por JARAMILLO, Carlos I., Responsabilidad civil médica, cit, p. 358.

5

Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, de Marcelo J. López Mesa - Philippe le Tourneau - Jorge Santos Ballesteros - Domingo Bello Janeiro - Reyna Carrillo Fabela - José Daniel Cesano, Edit. Legis - Ubijus, Bogotá – México DF, 2007.

perder éste una función o ver notoriamente agravado su estado de salud, entonces existía necesidad terapéutica de realizar tal práctica.

La necesidad terapéutica bonifica el acto médico. Cuando la hay, el médico asume obligaciones de medios, dado que juega allí su obligación deontológica y legal de preservar la salud e integridad de la víctima⁶.

La necesidad terapéutica bonifica la actuación del médico y puede hacerlo irresponsable aún en supuestos en que no ha obtenido los resultados prometidos, siempre que su actuación haya sido diligente.

La falta de necesidad terapéutica agrava la responsabilidad del médico en aquellos supuestos en que acomete tratamientos que no eran imprescindibles ni dirigidos a paliar una dolencia y los resultados obtenidos no fueron los esperados.

Paradigmáticamente ocurre ello cuando se producen supuestos de práctica innecesaria, por ejemplo, al haberle extirpado el riñón sano a un paciente, dejándole intacto el riñón enfermo. Salvo que el médico que realizó una práctica innecesaria pruebe la ruptura del nexo causal a su respecto, deberá responder por tal praxis negligente en grado sumo⁷.

Es indiscutible que cuando no hay necesidad terapéutica, y por ende tampoco urgencia, lo único que valida la intervención del facultativo es la voluntad del paciente. Si ella no existiera o estuviera viciada, tal acto sería, sin más, antijurídico.

Lo propio ocurre cuando el médico utiliza “procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos reconocidos en el país” (*en contraposición a la prohibición que surge del art. 20 inc. 7 de la ley 17.132*) o practique “tratamientos personales utilizando productos especiales de preparación exclusiva o secreta y/o no autorizados por la Secretaría de Estado de Salud Pública” (*en violación de la prohibición emanada del art. 20 inc. 8 de la ley 17.132*).

La antijuridicidad del actuar médico que se aparta de la *lex artis*, utilizando procedimientos de su propia inspiración y no aceptados por la praxis médica autorizada oficial o académicamente hace que las obligaciones de quien así obre se transformen ipso iure en obligaciones de resultado, cualquiera fuera su naturaleza inicial.

Claro que, en los tres casos anteriormente expuestos, para imputar responsabilidad al médico, aún faltarían otros requisitos: debería haberse producido al paciente un daño cierto y estar dicha actuación galénica irregular en relación causal adecuada con el daño sufrido por el paciente (art. 906 Cód. Civil, a contrario sensu), se actúe con o sin consentimiento de la víctima, ya que el consentimiento de ésta ni quita ni pone la relación causal adecuada.

3) Los dos campos de la medicina.

La existencia o no de necesidad terapéutica, si el método o procedimiento elegido en concreto por el facultativo integra la *lex artis*, permite distinguir dos campos de la medicina:

⁶ Art. 19 inc. 3, Ley 17132.

⁷ En un caso desafortunado, se dijo atinadamente que la responsabilidad impuesta al cirujano que le extirpó al actor un órgano de manera negligente —se le extrajo un riñón sano—, debe extenderse al establecimiento de asistencia médica y al sistema de protección de salud codemandados, pues ellos tienen una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico (CNCiv., sala K, 8/9/2006, “Martínez, Eduardo J. c. Obra Social Telefónicos”, LL 2007-A, 331).

- a) **la medicina curativa o asistencial**, esto es, “aquellas intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se ha visto deteriorada por la concurrencia de una enfermedad”⁸. Con precisión, se ha expuesto también que “la calificación de medicina asistencial o curativa se predica de aquellos supuestos en los que, desencadenado un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo. En este supuesto, el objetivo primordial de la asistencia es atajar la interferencia de dicho proceso en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible⁹; y
- b) **la medicina voluntaria, perfectiva o satisfactiva**, que es aquella en la que el interesado acude al médico, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos, como pueden ser:
- 1) Realizarse una operación de cirugía estética (lifting, peeling, aumento de busto, lipoaspiración, etc).
 - 2) Tratamiento para alargamiento de piernas;
 - 3) Colocación de dispositivos anticonceptivos intrauterinos.
 - 4) Esterilización mediante vasectomía o ligadura de trompas.
 - 5) Intervención en oftalmología para corregir miopía o astigmatismo.
 - 6) Realización de una circuncisión ritual¹⁰; en cambio, no se trataría de un supuesto de medicina voluntaria, si la circuncisión obedeciera a un propósito curativo, como curar una fimosis, una parafimosis o una balanopostitis derivada de esta última.

⁸ MUNAR BERNAT, Pedro A., Daños causados por actos médicos, en “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, dirigida por Eugenio LLAMAS POMBO, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 453 y ss.

⁹ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano (Navarra), 2006, p. 201.

¹⁰ Claramente se trata de un supuesto de medicina voluntaria, puesto que no hay necesidad terapéutica en la circuncisión ritual; en este sentido se pronuncia también el maestro PENNEAU, para quien incluso cabría la aplicación de sanciones disciplinarias al médico que realiza este tipo de atentados contra la integridad corporal de una persona, sin razón médica, y más todavía cuando empeña en ello su cualidad de médico (Cfr. PENNEAU, Jean, Responsabilité civile d'un médecin ayant pratiqué une circoncision sur un enfant dont le gland s'est nécrosé à la suite de complications, Recueil Dalloz, t. 1993, sec. Sommaires commentés, p. 27).

Creemos menester hacer una aclaración: no compartimos el criterio de PENNEAU de la imposición de sanciones disciplinarias a estos médicos, debido a la justificación del acto por una acendrada costumbre plasmada en textos sagrados milenarios, pero sí sostenemos que las obligaciones de quien practica una circuncisión ritual son obligaciones de resultado, respondiendo en caso de que el resultado no se obtenga o de que el menor termine lesionado.

- 7) Tratamiento odontológico para rehabilitación de la boca o para conseguir la solución de un problema de prognatismo o de protusión del maxilar superior, etc¹¹.
- 8) Implantes de piezas y prótesis dentales¹².
- 9) Implante capilar y realización de implantes de colágeno o botox.

Cabe aclarar que esta dicotomía o clasificación entre medicina curativa y voluntaria es de raigambre moderna, porque a la medicina tradicional le resultaba consustancial la aplicación de una terapéutica sólo a la cura de una dolencia, de modo que hubiera resultado inconcebible para un médico de formación clásica influir o actuar sobre el cuerpo humano, cuando nada había en él que curar.

Prueba de ello es que ARISTÓTELES expresaba sin lugar a dudas que “el fin que persigue el arte de la medicina es la salud...”¹³. Ergo, sin salud quebrantada no existía justificación para la administración de cuidado médico alguno.

La situación ha ido cambiando y hoy quien sostuviera a rajatabla estas afirmaciones aristotélicas bien podría ser tomado por loco.

Avanzando un paso, diremos que se ha definido a la medicina satisfactiva como “aquella a la que se acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de suerte que en ella el resultado esperado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional”¹⁴.

El contrato que da forma a una práctica de medicina voluntaria o preventiva, tiene la naturaleza más de contrato de locación de obra que de prestación de servicios médicos¹⁵.

Los dos aspectos que identifican a las prácticas de medicina voluntaria, satisfactiva o perfectiva son, por un lado, la búsqueda en estas intervenciones de un mejoramiento del aspecto estético o de una necesidad personal o subjetiva del individuo y, por otro, la falta de necesidad terapéutica¹⁶.

Una feliz expresión de Concepción RODRÍGUEZ MARÍN pone blanco sobre negro en las diferencias de esta rama de la medicina. Dice la citada autora española que como en la medicina satisfactiva la finalidad no es la curación de una enfermedad, sino que se persigue un beneficio de otra clase para el paciente, no debería llamársele paciente sino cliente¹⁷. Creemos que la distinción es exacta:

¹¹ MUNAR BERNAT, Pedro A., Daños causados por actos médicos, en “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, dirigida por Eugenio LLAMAS POMBO, cit, pp. 454/455.

¹² RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, cit, p. 283.

¹³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Edit. Gradifco, Buenos Aires, 2005, p. 17.

¹⁴ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, cit, p. 2002.

¹⁵ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 12/3/04, sent. núm. 203/2004, ponente: Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, RJ 2004\2146.

¹⁶ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz, La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 227; MORA GARCÍA, José María – JIMÉNEZ SUÁREZ, Octavio, *Complicaciones jurídico-médicas en la intervención de vasectomía*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 14.

¹⁷ RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, dirigido por Antonio Orti Vallejo, Ed. Thomson-Aranzadi, Elcano

a) paciente puede ser quien sufre una minusvalía, dolencia o patología que disminuye alguna de sus funciones y recurre a un médico para que lo cure, alivie o controle.

b) cliente es quien sin sufrir minusvalía alguna busca un mejoramiento estético o similar y concurre a un médico para obtenerlo. No se trata de un enfermo ni de un paciente en sentido propio, sino de un cliente que concurre a un profesional en busca de un resultado determinado. De allí que en las prácticas de medicina curativa, satisfactoria o perfectiva, la regla sea que las del médico son obligaciones de resultado, justamente porque el resultado es lo que lleva al cliente a buscar el auxilio del profesional y por tanto éste integra el negocio jurídico de manera indisoluble.

Otros aspectos que distinguen claramente a la medicina satisfactoria o voluntaria de la curativa o asistencial son:

- 1) En casos de medicina voluntaria, donde no existe necesidad terapéutica ni urgencia de realizar la práctica, la falta de consentimiento del cliente, torna antijurídico el acto médico, sin posibilidad de que el médico encuentre otras causales de justificación; en casos de medicina satisfactoria, voluntaria o perfectiva, la falta de consentimiento del paciente torna absolutamente ilegítimo al acto médico y obliga a imputar al médico la totalidad de los daños; esto ocurre arquetípicamente, por ejemplo, si el médico sin haber pedido ni obtenido el consentimiento de la paciente, al hacerle una operación de cesárea, aprovechara para hacerle una salpinguectomía (ligadura de trompas), que dejara estéril a la paciente, creyendo que era lo más conveniente para ella¹⁸. Es obvio que en este caso el médico prefirió por su paciente; y es sabido, que las preferencias externas del médico, sin contar con el consentimiento de su paciente, sólo son legitimadas por el derecho cuando resulta aplicable el principio de beneficencia, es decir, cuando la urgencia las torna justificadas, por no poder esperarse el consentimiento y no admitir demora la opción. En cambio, en una caso de medicina voluntaria, en que arquetípicamente, no existe urgencia ni necesidad terapéutica, tales preferencias externas son ilegítimas y antijurídicas y generan derecho a resarcimiento;

(Navarra), 2006, pp. 283 y ss.

¹⁸ El Tribunal Supremo de España sostuvo en un caso que el médico demandado al haber prescindido del consentimiento de la paciente, a la que practicó una salpinguectomía -ligadura de trompas- en el transcurso de una operación de cesárea, desconoció la obligación impuesta por la *lex artis* en el aspecto concreto de haber omitido el citado consentimiento, lo que originó, forzosa e ineludiblemente, una conducta antijurídica y comportó, a su vez, la obligación de indemnizar el resultado dañoso producido, responsabilidad ésta que es exigible cualquiera que fuese la consideración que mereciese la relación del caso: contractual, cuasicontractual o extracontractual, ya que lo esencial fue que aquel proceder desatendió un determinado deber derivado de la *lex artis* y, aun reconociéndose que el demandado actuó profesionalmente por su amistad de compañero con la actora y que adoptó la decisión de practicar la salpinguectomía por estimar que representaba la solución más conveniente, su comportamiento no puede ser objeto de aminoración en su responsabilidad cuantitativa por vía de la equidad" (Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, 24/5/95, ponente: Sr. Barcala Trillo-Figueroa, LA LEY (Esp.), t. 1995-3, p. 554 (16886-R)).

- 2) En prácticas de medicina voluntaria el consentimiento del cliente debe ser irreprochable, pues el menor reproche que pueda hacerse al respecto, compromete la responsabilidad del médico¹⁹;
- 3) En la duda sobre si ha existido consentimiento del paciente al acto galénico o no, debe estarse por la negativa en este tipo de prácticas voluntarias. En un fallo reciente del Tribunal Supremo de España se indicó que en la medicina satisfactiva los perfiles con que se presenta la prueba del consentimiento adquieren peculiar relieve en la medida en que esta medicina es por definición voluntaria, de tal suerte que será menester tener en cuenta las características del acto de petición de la actividad médica, el cual por sí mismo, y atendidas sus circunstancias, puede aportar elementos que contribuyan a la justificación de la existencia de consentimiento en sí mismo²⁰;
- 4) En supuestos de medicina voluntaria “es difícil ubicar el consentimiento en persona distinta del cliente afectado”²¹, dada la falta de necesidad terapéutica de la práctica; y
- 5) En medicina voluntaria no existen situaciones en las que exista una limitación terapéutica de la información que permita al especialista administrar o reducir válidamente la información suministrada a su cliente. El médico, al tratarse de una práctica asumida en forma libre y voluntaria por el cliente, deberá informarle en forma completa, veraz, adecuada y exhaustiva a éste, ya que como la finalidad no es el mejoramiento de la salud, no se justifican omisiones o informaciones graduadas que hagan que el cliente acceda a la intervención sin un completo conocimiento de todas sus consecuencias y de todos sus posibles resultados²².

4) La jurisprudencia española en la materia.

¹⁹ En un interesante caso francés, la Corte de Apelaciones de París, condenó a un médico a indemnizar a la madre de un menor que había sido circuncidado con el sólo consentimiento de su padre, que aprovechó del ejercicio de su derecho de alojamiento para tomar esa grave decisión, sin haber recogido la aprobación de la madre. Teniendo en cuenta que “se trataba de un acto quirúrgico que no se imponía realizar”, se responsabilizó al médico “que practicó la circuncisión de un niño con fines rituales en cuanto se contentó con el consentimiento de uno sólo de los padres, actuando así con una ligereza remarcable” (Corte de Apelaciones de París, 1ª Sala “B”, 29/9/00, Recueil Dalloz, t. 2001, sec. Jurisprudence, p. 1585).

²⁰ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª, 9/5/05, ponente: Sra. Dª Margarita Robles Fernández, RJ 2005/4902.

²¹ RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, cit, p. 317.

²² RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción, Medicina satisfactiva, en “La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Daños por servicios que afectan a la salud y seguridad de las personas”, cit, p. 317; PALOMARES BAYO, Magdalena - LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, Javier, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*. Ed. Comares, Granada, 2002. p. 79.

El Tribunal Supremo de España ha deslindado conceptualmente estas dos áreas diversas. De sus sentencias puede extraerse sin dificultad una serie de principios; los principales son los que siguen.

- 1) Las prácticas de medicina curativa resultan encuadrables en el anaquel de los contratos de locación de servicios –típicas obligaciones de medios-, mientras que las de medicina voluntaria, deben encasillarse dentro de las locaciones de obra, que arquetípicamente son vistas como obligaciones de resultado²³;
- 2) El Tribunal Supremo de España en una sentencia suya fines de 2001 entendió, sin hesitaciones, que “en la medicina llamada voluntaria, ... la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso”²⁴.
- 3) En estos supuestos de medicina voluntaria, la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso o insatisfactorio²⁵;
- 4) La distinción entre ambos tipos de actividades médicas, curativa y voluntaria, resulta relevante no sólo porque la caracterización jurídica de una y otra difiere (una se califica como locación de servicios, la otra como locación de obra), sino también porque, a la hora de valorar la responsabilidad del médico, son diferentes los parámetros en que se mueven²⁶;
- 5) Se ha puesto de resalto que en la jurisprudencia española el carácter voluntario de la medicina satisfactiva determina un mayor rigor al valorar si el paciente ha prestado su consentimiento al acto médico dañoso con absoluta libertad y conocimiento pleno de los riesgos asumidos²⁷. Una observación empírica confirma este aserto: algunos autores han

²³ Resolvió el Supremo en multitud de sentencias que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios) como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía (Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, Sec. 1ª, 23/3/06, sent. núm. 269/2006, ponente: Sr. D. Román García Varela, RJ 2006\1823, con infinidad de citas en el mismo sentido).

²⁴ Tribunal Supremo de España, Sala Primera, de lo Civil, 11/12/01, ponente: Sr. Xavier O’Callaghan Muñoz, sentencia Nº 1193/2001, publicada en “Actualidad Civil”, Editorial La Ley (Esp.), Madrid, 2002, Nº 9, p. 653 y ss.

²⁵ Sin embargo, alguna jurisprudencia española del último tiempo ha resuelto que en la medicina voluntaria, cuyo fin no es curar sino actuar sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto, la obligación del médico debe calificarse como “obligación de medios acentuada”, pues si bien no se garantiza el resultado, debe partirse de una cierta garantía en su obtención, ya que de lo contrario el cliente no se sometería a la actuación médica (Cfr. Audiencia Provincial de Baleares, sec. 5ª, 24/1/05, sent. Nº 19/2005, en LL online).

²⁶ MUNAR BERNAT, Daños causados por actos médicos, en “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, cit, p. 455.

tenido por comprobado que producido un resultado dañoso tras una intervención médica, son muchos más los supuestos de medicina satisfactoria, que de medicina asistencial o curativa, en los que los Tribunales españoles han declarado comprometida la responsabilidad del facultativo, a pesar de haber empleado toda la diligencia debida, por no haber informado cumplidamente al paciente acerca de los riesgos de la intervención²⁸.

- 6) Se ha agregado que “la cuestión esencial estriba en la prueba del nexo causal entre la actuación del médico y el resultado dañoso, que acredita la culpa del mismo. «En caso de obligación de actividad, se prueba el nexo causal (...) o se prueba que no lo hubo (...) o se aplica la doctrina del resultado desproporcionado (...). En caso de obligación de resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar..» (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001)²⁹:
- 7) Además, la medicina curativa se enjuicia en términos de responsabilidad subjetiva, exigiéndose la concurrencia de culpa o negligencia del personal sanitario, la medicina voluntaria se mueve en el entorno de la responsabilidad objetiva: en la obligación de resultado, la responsabilidad se produce cuando no se obtiene éste correctamente y es el médico demandado el que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001):

5) Alcances de la obligación del facultativo.

Si bien se mira el listado de prácticas de medicina voluntaria, el mismo contiene prestaciones de diferente alcance, pero unidas por un elemento aglutinante: **la falta de necesidad terapéutica**.

Esta distinción y tratamiento diferencial entre medicina curativa y voluntaria se refleja claramente en dos ámbitos: el de la obligación de información del médico y el del consentimiento del paciente.

En cuanto al último, acertadamente ha expresado LLAMAS POMBO, que “la exigencia de consentimiento será tanto más rígida cuando más nos alejemos de la finalidad puramente curativa, llegando a ser inexcusable cuando dicho objetivo desaparece”³⁰.

²⁷ GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, cit, p. 203; GÓMEZ CALLE, Esther, El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario, en “Anuario de derecho Civil” (ADC), t. 1998, p. 1701.

²⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, JOSÉ M., *La cirugía estética y su responsabilidad*, Ed. Comares, Granada, 1997, pp. 335 y ss., GARCÍA GARNICA, María del Carmen, La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial, cit, p. 203.

²⁹ MUNAR BERNAT, Daños causados por actos médicos, en “Estudios de jurisprudencia sobre daños”, cit, p. 455.

³⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio, Doctrina general de la llamada culpa médica, en “Estudios acerca de la responsabilidad civil y su seguro”, cit, p. 264.

Es indiscutible que cuando no hay necesidad terapéutica, lo único que valida la intervención del facultativo es la voluntad del paciente. Entonces, en el campo de la medicina voluntaria o perfectiva, cuando no existe consentimiento del paciente o él estuviera viciado, el acto médico sería antijurídico, pudiéndose imputar el daño al médico actuante.

El deber de información se ha apreciado con mayor rigor en la medicina voluntaria en diversos pronunciamientos.

En un fallo del Máximo Tribunal español se indicó que “una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico-quirúrgico, en consonancia con la elevación del resultado a criterio normativo de la obtención de un resultado..., una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”³¹.

Y el Consejo de Estado francés resolvió que en materia de cirugía estética, tiene el experto una obligación de información especialmente dilatada respecto a su cliente³².

Por su parte, la Corte de Casación francesa dijo en un fallo que en materia de actos médicos y quirúrgicos de objetivo estético, la obligación de información debe referirse no sólo a los riesgos graves de la intervención, sino también a todos los inconvenientes que pueden resultar de ella³³.

Tal tesis fue criticada por alguna doctrina sobre la base de que discriminar la especialidad estética sosteniendo la necesidad de valorar más rigurosamente la fase de la información y de la prestación del consentimiento, significa introducir, en el interior de la ciencia médica, una diferenciación que no responde a específicas razones deontológicas para ser sostenida³⁴.

Y un autor se preguntó ¿cómo puede sostenerse que un paciente que deba ser sometido a una intervención a corazón abierto tuviera derecho a una información menos confiable y detallada, a la que tiene derecho el paciente que se somete a una operación plástica facial?³⁵

La carencia de lógica de agravar el deber informativo del plástico resulta evidente y se comprueba con la ausencia de una adecuada fundamentación para la respuesta positiva al interrogante³⁶.

Al cirujano estético le es exigible más que al médico generalista o cirujano torácico, por ejemplo; pero esta mayor exigencia es primordialmente atinente a la ejecución del acto médico y a la obtención del consentimiento.

Pero, en cambio, creemos que ambos deben informar en forma objetiva, veraz, completa y comprensible a sus pacientes. En eso no caben diferencias.

Bien se ha decidido en un par de fallos argentinos que si bien en las cirugías estéticas se adjudica particular relevancia al deber de información médico, el cual debe

³¹ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6ª, 3/10/00, ponente: Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, RJ 2000\7799.

³² Consejo de Estado francés, 5ª y 3ª salas reunidas, 15/3/96, Recueil Dalloz, t. 1996, sec. Informations rapides, p. 115.

³³ Corte de Casación francesa, 1ª Sala Civ., 17/2/98, sent. N° 95-21.715, Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Informations rapides, p. 81.

³⁴ Cfr. la nota de SCODITTI al fallo dictado por la Casación italiana in re “Sforza c/ Milesi Olgiati”, publicada en “Foro italiano”, t. 1995-I, p. 2913.

³⁵ Cfr. la nota de FERRANDO al fallo dictado in re “Sforza c/ Milesi Olgiati”, ya citado, en “Nuova giur. civ. commentata”, t. 1995-I, p. 937.

³⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo, en LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 434.

satisfacerse de manera clara y suficiente, ello no significa que tenga que ser necesariamente instrumentado por escrito³⁷.

Claro que, en todo caso, propondríamos una solución intermedia: cualquier duda respecto del cumplimiento del deber de información en casos donde no existe necesidad terapéutica, debiera revertirse sobre el médico, quien sería así responsabilizado por no cumplir acabadamente su obligación informativa, teniendo en mira que se trata de un caso, donde no existía urgencia ni la terapéutica era indispensable, extremos ambos que podían -si estuvieran presentes- bonificar la praxis médica.

6) Riesgo y medicina experimental.

Otro tema relacionado con estas cuestiones es el de la medicina experimental. Como regla, al médico le está vedada la realización de experimentaciones médicas peligrosas sobre un ser humano (*art. 20 incs. 7 y 8, ley 17.132*).

Cabría en algunos casos alegar que no regiría esta prohibición cuando las prácticas experimentales, hayan sido precedidas de información completa y adecuada al paciente o sus familiares, éste o aquéllos hayan prestado su consentimiento informado y la praxis tenga por fin el alivio o la mejoría de un enfermo en inminente peligro de muerte, cuando ya los auxilios y medios de la ciencia tradicional se han demostrado impotentes para lograr salvar la vida del enfermo³⁸.

Otros ordenamientos jurídicos, como el Código francés de la salud, admiten con reparos las prácticas experimentales (*art. L. 1121-7*), distinguiendo sin embargo, entre aquéllas que buscan una finalidad terapéutica directa, de aquellas en que ello no ocurre³⁹.

Si la experimentación está motorizada por una finalidad terapéutica directa, como sería el caso de encontrar una cura para un mal que hasta allí no la tiene, el médico podría liberarse de responsabilidad demostrando que ha actuado sin culpa. En el restante ámbito de experimentación, cuando no existe finalidad terapéutica directa, la responsabilidad es objetiva y el factor de atribución es la obligación legal de garantía, por lo que no hay exoneración por falta de culpa⁴⁰, al tratarse de una obligación de resultados⁴¹.

Merece referirse un caso español que resolviera sobre el tema de las prácticas experimentales no imprescindibles terapéuticamente. El Tribunal Supremo de España en un caso tramitado ante él en que se constató que un facultativo utilizó procedimientos que no se encontraban homologados, administrando un preparado de su invención a niños afectados con problemas de incapacidad (*quienes estaban internados en un colegio de educación especial*), pese a que no se habían realizados los preceptivos estudios farmacológicos clínicos previos a su administración, mandó las actuaciones a la justicia penal para el inicio de actuaciones criminales en contra del galeno⁴².

³⁷ CNCiv., Sala I, 21/2/06, "L., G. F. c. T., M. y otros", RCyS 2006-VIII, 105; ídem, Sala F, 23/9/04, "Amato, Eleonora c. G., C. J.", en LL Online.

³⁸ BUSTAMANTE ALSINA, Teoría gral. de la resp. civil, cit., p. 511, N° 1421; LÓPEZ MESA, Marcelo, en LÓPEZ MESA – TRIGO REPRESAS, Responsabilidad civil de los profesionales, cit, p. 495.

³⁹ LE TOURNEAU, Philippe, Droit de la responsabilité et des contrats, p. 881, N° 4250.

⁴⁰ Cfr. Código francés de la salud pública, art. L 1121-7.

⁴¹ LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), "Tratado de responsabilidad médica", de Marcelo J. López Mesa - Philippe le Tourneau - Jorge Santos Ballesteros - Domingo Bello Janeiro - Reyna Carrillo Fabela - José Daniel Cesano, Edit. Legis - Ubijus, Bogotá – México DF, 2007, p. 110.

⁴² Tribunal Supremo de España, 27/10/92, sent. RJ 1992/8109, cit. por SÁNCHEZ GONZÁLEZ, La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos, cit, p. 237.

Lo anteriormente expuesto demuestra que a criterio del Tribunal Supremo, la prescripción de medicamentos no homologados y la realización de prácticas experimentales en caso de no existir imprescindibilidad terapéutica constituye un delito criminal, además de configurar claramente un caso de responsabilidad civil.

Las técnicas experimentales involucran muchas veces un incremento ponderable del riesgo, que debe llevar a una gran prudencia en su uso, acotado a que no exista otra terapéutica disponible o que los resultados que las otras permitan alcanzar no sean satisfactorios para el paciente⁴³.

Como regla, 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 quirúrgicas⁴⁴.

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 hospitalario⁴⁵.

El quebrantamiento del principio de reducción de riesgos compromete la responsabilidad del profesional; es más, según algunos autores lo compromete en medida importante, dado que se aplicaría a este supuesto el criterio de la extracontractualidad del deber de responder.

En esta línea se ha expuesto que “la responsabilidad médica al utilizar métodos terapéuticos no probados, excede el marco contractual, dado que el mismo se nulifica ... por lo cual la responsabilidad médica cae en la órbita extracontractual...”⁴⁶.

Y según un autor, “si la conducta del dañante ha incrementado la probabilidad de producción del resultado habrá imputación objetiva del resultado. Por el contrario, si no hay aumento del riesgo, habrá de negarse la imputación objetiva del mismo”⁴⁷.

Como quiera que sea, la experimentación en nuestro país, salvo que se acredite alguna de las causas de justificación del daño -como carencia de otra terapéutica efectiva aprobada o urgencia por salvar la vida del paciente- resulta un proceder antijurídico, violatorio de lo dispuesto por los incs. 7 y 8 del art. 20 de la ley 17.132, que puede comprometer la responsabilidad del médico, si no obtiene los resultados esperados de ella.

43

Cfr. Cfr. LÓPEZ MESA, Marcelo (Director), “Tratado de responsabilidad médica”, de Marcelo J. López Mesa - Philippe le Tourneau - Jorge Santos Ballesteros - Domingo Bello Janeiro - Reyna Carrillo Fabela - José Daniel Cesano, cit, p. 111.

⁴⁴ Cfr. LAROCHE-GISSEROT, Florence, L'acharnement procréatif en cause, Recueil Dalloz, t. 1998, sec. Jurisprudence, p. 530.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ TARABORRELLI, José Nicolás - SCANDIZZO, Delfor Reynaldo, Responsabilidad civil médica (Métodos terapéuticos no reconocidos), LL 1994D, 1112.

⁴⁷ INFANTE RUIZ, Francisco José, La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y “causas hipotéticas”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 182.