

Historia Clínica como prueba del consentimiento informado y la responsabilidad médica.

Por María Luján López Dallara

Abogada ICASAL * Licenciada en Derecho. Universidad de Buenos Aires. Universidad de Salamanca. Abogada ejerciente. Master en Estudios de la Unión Europea Universidad de Salamanca. Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca.

Este trabajo, es una actualización desde la aparición de su primer versión en el año 2001, publicado como ponencia en el Congreso Internacional de Derecho de Daños celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y posteriormente publicado en eDial.com.

Introducción.- Historia clínica y caracteres de la relación médico paciente.- Historia clínica a la luz de los presupuestos de la responsabilidad civil. Concepto y caracteres de la historia clínica.- Características esenciales.- Sujetos interesados.- Forma.- Contenido.- Propiedad de la historia clínica.- Formas de acceso.- Pérdida o destrucción.- Contexto de emisión del documento.- Caracterización y clasificación.- Como elemento de prueba.- Avances jurisprudenciales. Estado de situación en el ordenamiento jurídico Español: Jurisprudencia. Conclusiones.-

Introducción.-

Existen tres grandes esferas o aspectos que abordaré a través de esta investigación sobre **historias clínicas**, directamente relacionadas con la evolución del tiempo. Bien sabemos que la evolución temporal es diferenciada por los seres humanos y calificada (según los casos[1]), como pasada, presente o futura. Este estudio entonces, también podría enfocarse surcando las tres etapas temporales haciéndonos de ellas, a modo de una suerte de prisma, para dividirlo en tres aspectos centrales de la relación jurídica médico-paciente, marcados por el paso del tiempo y que se encuentran reflejados en el documento **historia clínica** desde la génesis de esta relación pasando por su desarrollo y hasta su finalización.

El documento en estudio permitirá la observación retrospectiva de la **relación médico-paciente** (toda vez que ésta se desarrollará de manera lineal).

Encuentro relacionadas entonces las secuencias anteriormente enunciadas de la siguiente manera:

1- La génesis del contrato (escrito o verbal) está vinculada al pasado, al origen de la relación médico-paciente, o bien al presente inmediato de los sujetos intervinientes en la relación jurídica.

2- El desarrollo en ese espacio temporal, en caso de que atravesase por un cumplimiento normal, tiene que ver con el presente de los sujetos intervinientes y permite la reconstrucción hacia el pasado de todo lo que se desprenda de este documento.

3- Ante el posible (futuro) cumplimiento defectuoso de la prestación por alguna de las partes, tanto el paciente como el médico tienen la oportunidad de llevarlo ante el juzgador y sus auxiliares, para que califique la conducta del médico.

Al hablar del tiempo y su importancia en relación a este tipo de documentos, debemos hablar también del concepto, y de la consideración de este elemento a lo largo de la evolución de las ciencias médicas que a través de la historia han transitado por grandes cambios de incidencia social y en la relación médico paciente en particular [2]. Esta evolución pasa de una concepción paternalista de la situación del paciente frente al galeno, a una concepción actual que trae como consecuencia la apertura de las ciencias médicas, el permitir al interior de la relación jurídica una mayor autonomía y bilateralidad que se traduce en un ejercicio, siempre regular pero más libre de los derechos de aquel[3], entre ellos el de informarse.[4]

Antiguamente[5], se concibió al contrato médico como una relación de vasallaje o de **propiedad del facultativo sobre la vida del paciente**, lo cual implicaba un derecho del médico de sustituir al paciente en el ejercicio de su autodeterminación. De esto se desprende que en dicha concepción el paciente estuvo representado en el universo simbólico social como un objeto (y no como partícipe) de la relación con el facultativo [6]. Esta visión pierde sentido en nuestros días, donde asistimos a avances tecnológicos científicos de signo diverso, y somos capaces de percibir en cada acto médico unas consecuencias sobre nuestra integridad, nuestra salud y por ende unas repercusiones jurídicas concretas a las que los distintos ordenamientos jurídicos vienen a tratar de dar cobertura.

El cambio operado con la evolución de la ciencia y el replanteo de la consideración y jerarquía de los derechos personalísimos, deriva en una concepción subjetivista variando a su vez la manera de considerar a quien se somete a la **prestación médica**, lo que implica la autonomía del paciente y por ende una apertura de los conocimientos del profesional de la salud que debe informar al paciente de manera clara y comprensible. Como consecuencia del deber de informar y de esta situación de apertura de la ciencia hacia al ser humano, y al servicio de este, aparece inmediatamente el **derecho del paciente a ser informado** y que puede ejercitarse de varias maneras.

Un signo claro de esta apertura es que los registros obrantes en poder del médico han permitido el acceso del paciente al conocimiento de su verdadero estado. Entre ellos la historia clínica que es justamente un documento donde debe constar la sucesión de actos médicos que intervienen en su salud.

Entre los **deberes y derechos** [7] del médico en esta relación de base contractual y aunque de los enumerados puedan desprenderse otros hallamos:

- Deberes: El de **advertir al enfermo sobre su estado**, obtener el **consentimiento del paciente**, tomar los recaudos necesarios para la **exclusión de riesgos**, poner cuidado en la **determinación del diagnóstico**, prestación de un **tratamiento adecuado o apropiado** (esto no significa que nunca pueda fracasar: no olvidemos la disquisición entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado).

- Derechos: obtener la **colaboración del paciente** una vez que este ha prestado su consentimiento para someterse a una terapia determinada, y **cobrar la prestación**.

Correlativo al deber de informar del médico es el derecho a ser informado de su propio estado del paciente, y los asientos sobre ese estado se efectúan en gran medida en la historia clínica, en la cual se hace palmaria la materialización de ese derecho, ya que de lo contrario todo lo atinente al estado y evolución del consultante, quedaría exclusivamente bajo la esfera de conocimiento del profesional que lo atendiese. Con el riesgo de que infinitos detalles y su conocimiento quedasen supeditados al grado de retención del médico de los mismos, de los cuales varios se perderían si se transmitieran oralmente. Es garantía para el paciente y muestra de la diligencia del profesional, la existencia efectiva de un **soporte físico que registre cronológicamente** la evolución o involución del primero.

Diremos entonces que como correlato del derecho - deber de informar existe por parte del médico el deber de crear un instrumento en el cual se representa esa información ya que ante eventualidades clínicas debe quedar registrada toda información que pudiera ser relevante tanto para el profesional que habitualmente realiza el seguimiento del paciente, como para otros especialistas que necesitaran valerse de dicho registro.

De otro lado, en caso de no ser inequívoco que el médico prestó adecuadamente sus servicios, un juez vendrá a tomar conocimiento de la relación contractual y así se lo pondrá al tanto de ella a través del **historial clínico** que por eso debe estar claramente redactado e integrado por contenidos que permitan calificar su confección como adecuada.

El mismo instrumento se va haciendo una herramienta mas poderosa a medida que va evolucionando la relación jurídica del **contrato de servicios médicos**. Y la utilidad de la **historial médico**, en caso de incumplimiento del contrato, o bien, de cumplimiento defectuoso del mismo, es la de hacer compulsar ese deber de informar del médico en una situación frente a la justicia donde las partes se encontrarán puestas por efecto de la ley en una situación de igualdad (condición de igualdad a la que son llevadas las partes de una relación desigual por el mero hecho de las diferencias entre paciente y médico dadas por la formación con la que cuenta este último).

Encontramos que muchas veces, por desconocimiento, el galeno no toma los recaudos necesarios para que todos los **datos relativos a la evolución del paciente** sean registrados. Lo cual suele derivar en serias responsabilidades frente a la justicia que valora esto negativamente. Esta situación es advertida por algunos profesionales de la salud. Es ilustrativo un texto del médico Dr. Enrique de la Vega, citado por el Dr. Vázquez Ferreyra. El facultativo prescribe a sus colegas aconsejando sobre los recaudos a tomar para buen resguardo del médico en la **confección de la historia clínica**, que se ha dedicado a analizar y a la cual califica como el abc del acto médico:

"la confección misma de la historia clínica es muy importante, pues hay que tener en cuenta que otras personas que acceden a este documento, no son médicos, más aún, quien finalmente dictaminará, en una controversia o investigación penal, es precisamente una persona no médica, por lo tanto es necesario que, tengamos presente la posibilidad real del impacto subjetivo que causará a dichas personas, quienes aún inconscientemente realizarán un primer juicio a priori de la posible personalidad de quienes hayan intervenido en su confección, sin que eso signifique que sean grafólogos eruditos. Cuando se observa cualquier manuscrito sucede así, no sólo por las formas

grafológicas sino por el tipo de redacción, la sintaxis, etc., se forma ineludiblemente una personalidad del autor sea finalmente cierta o no, pero que contribuye a inclinar la balanza en uno u otro sentido".[8]

Si bien la historia clínica es un elemento probatorio de especial significancia, no es la única herramienta que **permite probar, al menos por sí sola, la culpa médica.**

También cabe aclarar que este instrumento cumple funciones distintas según el ámbito profesional en que se utilice o analice, en el campo de trabajo médico por un lado, hace al registro inmediato y cotidiano de la relación médico paciente y su evolución, llegando a ser valorada también como elemento de investigación y de utilidad para el ámbito médico académico, sin repararse en demasía en sus efectos legales, a diferencia del campo jurídico donde su valor es probatorio y retrospectivo [9]. La utilidad del estudio de este tema radica en aportar una visión interdisciplinaria al respecto, analizando como se valora el tema en estas dos ramas tan distintas, aunque no estancas, de la comunidad científica, como lo son la ciencia jurídica y las ciencias médicas.

Para ello nos ocuparemos del papel de la historia clínica en la relación médico-paciente, su concepto y características básicas. También atenderemos a los deberes de custodia y los responsables de su conservación, teniendo en cuenta de si se crea en el ámbito de la salud pública o en la relación médica jurídico privada, donde podrán intervenir profesionales a título individual o bien clínicas en las que se desempeñe un número más o menos considerable de profesionales de la salud: esto es, lo que algunos juristas han dado en llamar contexto de emisión (público o privado del historial clínico). Nos adentraremos en la jurisprudencia local, para comprender el valor de la historia clínica en la práctica forense como medio probatorio, pero, muy especialmente en la valoración de su **ausencia como un elemento que impresiona al juez de forma negativa en la tarea hermenéutica.** Esta valoración negativa, en mi opinión, y aunque no lo encontremos reflejado en ninguna sentencia de manera expresa, llega a formar una presunción en contra del facultativo, que interviene con una fuerza inusual en la constatación de los presupuestos de la responsabilidad civil. Muy especialmente en la apreciación de relación causal, lo cual, puede llegar, según sea el caso a determinar la existencia de culpa o negligencia, si bien esta es una visión muy personal del estado de la cuestión. En el intento de aportar nuevos argumentos para una justificación de tan particular análisis, acudiré a la comparación con casos paradigmáticos que ha dado la jurisprudencia en el ordenamiento español, y hablaremos, antes de elaborar nuestras conclusiones, de los aportes de las nuevas tecnologías, sus ventajas y desventajas de su aplicación de cara a la protección de los **derechos del paciente.**

Historia clínica y caracteres de la relación médico paciente.

Como se enunció en el trabajo preliminar se procurará visualizar la relevancia del documento en estudio (historia clínica) y su relación con los elementos esenciales de la relación médico paciente. Dichas características son las siguientes:

Intuitu personae: La importancia de la historia clínica en relación con esta característica se ve reflejada en el deber de identificación del médico y/o médicos intervinientes en la misma, todo lo cual debe constar en este documento que nos permitirá eventualmente

conocer a los sujetos involucrados en el acto médico y la limitación de la responsabilidad que a cada uno le cabrá.

Revocable ad litum: por supuesto que la posibilidad de revocación, no importa permitir el incumplimiento del pago de la prestación que se halla entre las obligaciones del paciente. Dicha obligación de pago puede referirse a la historia clínica en casos en que se exija por parte del centro médico el pago de un arancel para poder obtener una copia de dicha historia clínica, que en algunos países puede variar según la región o según el tipo de informe médico (general/amplio o pormenorizado) que se solicite[10].

De tracto sucesivo: esta característica queda emparentada con todo lo dicho hasta aquí sobre la historia clínica y su utilidad médico asistencial pero también médico legal, ya que su continuidad a lo largo del tiempo y la simultaneidad de su realización o confección junto con el acto médico refleja las etapas de la terapéutica aplicada y su desarrollo y evolución.

La historia clínica reflejará el "desarrollo de la vida[11]" de dicho contrato desde su constitución, hasta su terminación, por el cumplimiento normal de las prestaciones en la relación médico paciente. (En este caso no será necesario acudir a este más que para una guía a la que tanto uno como otro podrán recurrir para **decidir en conjunto el curso que el tratamiento debe tomar**[12]). Ante el cumplimiento anormal, tendremos que acudir a al **historial médico** para poder acceder a ese reflejo y elucidar en que motivos se ha generado dicha anormalidad.

Dicho documento es completando a lo largo del proceso de atención médica, y conforma una herramienta útil para determinar, eventualmente con qué calidad se han prestado dichos servicios. Su importancia probatoria será relevante para comprobar **responsabilidades civiles, penales o administrativas**.

No obstante haberse revocado el contrato, el paciente siempre tendrá **derecho a solicitar una copia del historial clínico** al que dio lugar la relación contractual para su constancia. Todo esto traerá aparejadas tres consecuencias básicas:

Futura: ante incumplimiento permite conocer si el tratamiento se ha brindado adecuadamente (complementando esta con otras probanzas)

Inmediata: permite al profesional interviniente conocer **antecedentes del paciente** para brindarle adecuada atención y por ende adecuada prestación de servicios.

Hacia el pasado: dado el carácter de continuidad de la prestación médica (tracto sucesivo), ante la necesidad del médico de reanudar un tratamiento podrá acudir a este instrumento que contiene todos los datos de interés del paciente.

Bilateral: esta conclusión no presenta mayores dificultades si el tratamiento se efectúa ante un facultativo que desarrolla en forma independiente y libre su actividad profesional. Cuando el tratamiento promedia teniendo a una **clínica o establecimiento asistencial como intermediaria**, debemos contar con la aparición de un nuevo sujeto de obligaciones y derechos que amplía nuestra esfera de agentes de responsabilidad intervinientes, ampliándose por ende el espectro de los interesados en la adecuada confección de la historia clínica (que trataremos en el apartado sobre los sujetos).

Oneroso: en este punto reitero lo expresado cuando me referí a la revocabilidad, simplemente aquí dejaré de manifiesto que esta es una característica esencial del contrato y que puede extenderse al pago de aranceles extra por la extensión de copias de la historia clínica al paciente. Esto es algo a tener en cuenta porque puede hacernos variar en nuestras apreciaciones acerca de quien detenta la propiedad de la historia clínica.

Relación jurídica compleja: dada esta complejidad, en relación al tema de estudio se ha planteado el problema de a quien pertenece la historia clínica en realidad, y si pertenece al paciente, al médico o a la clínica o establecimiento hospitalario, tema que trataré en otro apartado de este trabajo. Aclaro que el contrato médico paciente no es la historia clínica en sí, la cual no es más que un documento que refleja ciertos aspectos de este.

Civil: este contrato, es civil no obstante puede traer consecuencias administrativas según el contexto en el que se desenvuelve la relación jurídica. Lo mismo digo en relación al contexto en que pueda emitirse la historia clínica que también puede estar circunscripto a un lugar público.

No formal o libre: En principio no hay formalidades requeridas para la confección del historial del paciente, salvo exigencias que la ley establezca en determinadas circunstancias o protocolos internos y códigos de conducta reguladores de las profesiones médico sanitarias. Esto no significa que la historia clínica no deba ser redactada bajo las necesidades del caso y las exigencias que deben satisfacerse.

Historia clínica y presupuestos de la responsabilidad civil.

Importancia de la historia clínica a la luz de los presupuestos de la responsabilidad civil.

Como introducción al tema y sintéticamente según lo estudiado hasta aquí sobre responsabilidad civil, todo agente que genere un daño deberá responder por un perjuicio causado a otro. El autor del perjuicio debe afrontar la responsabilidad de los daños de su acción (responsabilidad como idea que sugiere una noción de garantía). No es ocioso empero, situar el marco de responsabilidad en que debe encuadrarse la actividad médica.

No obstante algunas excepciones, la mayor parte de la doctrina se ciñe al criterio de que la responsabilidad médica es de base contractual, sin perjuicio de algunos supuestos en los cuales pueda promediar responsabilidad extracontractual. Esto es importante ya que a los efectos del resarcimiento se deben satisfacer distintos requisitos en materia de prueba, y que no es lo mismo el incumplimiento de un contrato, que el deber de reparar por un acto ilícito aquiliano.

Ante los problemas que puede presentar ubicar la responsabilidad médica en uno u otro plano (contractual o extracontractual), la doctrina se ha cuestionado si existe una verdadera diferencia: ontológica, de ser, de esencia, en la diferenciación.

Tradicionalmente, se explicó que la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual, radica en la prueba de la culpa como requisito distintivo para esta

última. En un principio, el resarcimiento contractual hacía presumir la culpa sin necesidad de que el acreedor pruebe la intencionalidad o negligencia del deudor a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde el damnificado deberá probar la culpa. Ante el advenimiento de las nuevas teorías que enunciaron el principio no hay responsabilidad sin culpa, también hay que probarla en la esfera contractual. Mientras que en la esfera extracontractual surge del mero incumplimiento [13].

Esto torna más gravosa la actividad que pesa sobre el damnificado en materia de cargas probatorias, por lo tanto la doctrina ha resuelto esta disquisición, enunciando que la diferenciación entre ambos tipos de responsabilidad no es esencial, ya que en ambos casos el fenómeno resarcitorio se centra en torno al elemento daño (en ambas órbitas el daño injustamente sufrido debe ser reparado). En ambos casos la responsabilidad se nutre de los mismos elementos o presupuestos.

Esta solución a la que se ha arribado ha sido denominada unidad ontológica del fenómeno resarcitorio. No hay diferencias pues se trate de un mismo fenómeno que se da en dos regímenes diferentes (se trataría de una construcción jurídica) según se elija una u otra vía, lo que si implica distintas consecuencias prácticas en la utilización de una u otra. La responsabilidad de los médicos es de base contractual en general, salvo supuestos escasos, sus presupuestos son equivalentes a los de la responsabilidad extracontractual.[14]

Una vez que hemos concretado la responsabilidad del médico en el campo que le es propio entraremos en la enumeración de los presupuestos de la responsabilidad para relacionarlos con nuestro análisis.

1) Acción, antijuridicidad: toda vez que **la historia clínica como prueba documental** refleja las secuencias del tratamiento médico, refleja por ende como ha actuado el facultativo con respecto al paciente. Siendo la acción uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, entiendo que a través de este elemento de prueba, quedará plasmado el curso de esa acción a lo largo del tiempo (o por lo menos será un fuerte indicio de que la relación jurídica promedió y existió en un lugar y tiempo determinados. A posteriori y del examen del contenido del historial clínico, podrá el operador jurídico entrar a examinar el grado de antijuridicidad del acto medico que se enjuicia).

2) Factor de atribución: el **historial del paciente**, junto con otras constancias de la causa, vendrá a facilitarnos la labor al momento de sindicar a los sujetos responsables que han intervenido en la **actividad médico asistencial**, a los fines de demostrar que existe un factor de atribución efectivo. Esto si se atiende al requisito de que en la historia clínica debe figurar o indicarse, quienes han sido los profesionales actuantes en la vía terapéutica y a lo largo de todo el tratamiento, por lo cual cada facultativo que intervenga debe poder ser identificado a través de este documento.

3) Relación de causalidad: como lo he dejado expresado a partir de la introducción a este trabajo, la historia clínica refleja las secuencias cronológicas del tratamiento y permite entonces (la inscripción de los actos positivos del médico, coetánea con su realización), seguir el recorrido realizado por el paciente ante las indicaciones del médico, y determinar si estas han funcionado como causa entre la acción y el resultado dañoso producido. Un interrogante se plantea frente al supuesto de **la omisión de**

anotaciones que funcionen como demostración de la relación de causalidad. Debemos adelantar que una posición se adhiere al criterio de que tales omisiones solo funcionarían como presunciones de culpa del médico, y no indicarían por sí mismas cual ha sido la relación causal, por la lógica imposibilidad material que se deriva de la omisión misma) sino que funcionarían como indicio de culpabilidad.

3) Daño: en el **historial clínico** como elemento probatorio también podemos encontrar un antecedente fundamental a los efectos de la prueba del daño, sobre todo cuando al paciente se le prescribe un tratamiento que era innecesario (por ejemplo ante la existencia de tratamientos menos complicados que también hubieran posibilitado su curación y que de no efectuarse tratamientos de alta complejidad se hubiera arribado igualmente a resultados satisfactorios) todo esto al quedar inscripto en el historial del paciente, dado que este no puede enmendarse ni tacharse permite determinar el grado de incidencia de las prescripciones médicas en los daños sufridos.

Concepto y caracteres de la historia clínica.

Sobre el concepto: No obstante observar que se reiteran las consideraciones doctrinales acerca de los límites que ofrece el concepto de historia clínica a juzgar por los distintos autores, estimo que no será ocioso reseñar los aportes de las voces más autorizadas, circunscribiéndolas exclusivamente a este tópico del trabajo monográfico.

Por lo tanto serán dados distintos conceptos de este elemento, según la opinión de distintos autores, extrayendo algunos caracteres básicos. También realizaré algunas consideraciones sobre aquellas creencias que estimo subyacen en las dos grandes ramas de conceptos que se abren a partir de los autores hallados. Finalmente elaboraré un concepto personal basándome en las características que estimo deben estar presentes en toda historia clínica como elementos esenciales de la misma (no obstante podría eventualmente incorporar otros que considere relevantes).

Relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares, como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el **juicio acabado de la enfermedad actual**. [15]

Información realizada por **escrito de todo el proceso médico del paciente**, incluyendo las pruebas realizadas en el mismo.[16]

Documento que representa en forma permanente un hecho que era presente al confeccionarlo (en este caso, una sucesión de hechos y que por ello adquiere significación probatoria). Específicamente, este documento **contiene una declaración de ciencia**, en cuanto consiste en la representación de lo que se sabe o conoce respecto al estado del enfermo y a las medidas que se tomaron para atenderlo [17].

Instrumentación de las distintas **secuencias médicas en la vida del paciente**. [18]

Instrumentación de las distintas secuencias médicas en la vida del paciente, de suma importancia para **juzgar la responsabilidad de daños producidos al enfermo**, ya que puede darnos la **clave de la relación de causalidad**. [19]

Elemento fundamental de la **medicina informada**, permite a la parte damnificada por un error médico, recurrir a las **informaciones que el profesional ha debido documentar**, pudiendo concurrir a los tribunales en pie de igualdad. [20]

Documentación escrita del acto médico que objetiva su proceso y resultado, es el instrumento por el cual el profesional de la medicina elabora el diagnóstico, fundamenta el pronóstico y consigna el tratamiento y la evolución del paciente.[21]

Zuccerino: **legajo personalizado del paciente**, en cuyas diversas secuencias integrantes se observa el seguimiento y registro de las distintas actuaciones profesionales que hubieren ido sucediendo, en punto a la evolución del titular[22].

Para Silvia Müller, se trata de un documento en el cual el médico debe asentar los datos personales del paciente, antecedentes aportados por éste, causa por la cual se requiere el servicio del médico, el **diagnóstico presuntivo**, estudios y análisis aconsejados que lo confirman, pronóstico, tratamiento, evolución y todo hecho relevante que se suscite a lo largo de un tratamiento o intervención [23].

Hasta aquí, se ha realizado un recuento de las distintas maneras en que se ha definido la historia clínica. Por lo pronto, en la definición que esbozaré procuraré abarcar en forma concreta y sistemática todos los aspectos de este objeto de estudio que considero relevantes.

Por lo tanto ratificaré en este trabajo, el concepto que hube brindado en 2001, por haber sido recogido más tarde por la jurisprudencia nacional, según el cual la historia clínica es un documento en el cual se asientan cronológicamente (en forma simultánea o inmediatamente posterior a la obtención de información, o al arribo de conclusiones por parte del médico acerca del paciente), todos y cada uno de los pormenores derivados de la relación entre el profesional y su consultante, incluidos entre esos datos pormenorizados, tanto las contingencias y manifestaciones positivas de la enfermedad del paciente como aquellos que revelen estabilidad y normalidad en su estado de salud. Permite la **observación retrospectiva** del curso de esa relación y sus efectos. Debe crearse con el nacimiento de la relación y se cierra, concluye o clausura, con la extinción de dicha relación jurídica (tanto por su cumplimiento normal como por su conclusión o ruptura a causa de un incumplimiento o cumplimiento anormal o defectuoso).

Por ende no será la historia clínica la que se extinga, sino que se extingue la relación medico paciente en virtud la obtención del alta médica, pero queda subsistente este documento que fue accesorio de la relación y queda como antecedente del contrato y de el tratamiento y sus modalidades. La posibilidad de indagaciones retrospectivas nos habla de su importancia hacia el pasado y la necesidad del registro de las contingencias inmediato o bien, posterior pero que exhiba contemporaneidad de los registros con la producción de las vicisitudes por las que atraviesa el estado de salud del paciente, resulta fundamental y es el elemento de actualidad, y reactualización permanente que permite trazar el cuaderno de bitácora hacia el futuro, una vez que el facultativo se hace con un serio diagnóstico, para la eventual curación. Nos hallamos así frente a las fases de la estructura temporal, contenidas en un instrumento de importancia crucial para las repercusiones futuras en la salud del paciente, fases temporales de las que hablamos al

comienzo de este manuscrito y que se nos revelan más claras en su relación con el documento como tal, una vez que de él hemos podido ofrecer una completa definición.

Se realiza de forma escrita (siempre manuscrita salvo que se certifique la realizada a máquina) y en soporte papel, pero se observa actualmente una tendencia a confeccionarla en soporte informático como veremos más adelante.

Sus contenidos pueden variar según las características y los motivos que llevaron al paciente a acudir al servicio médico o variaran según la especialidad del médico al que se acuda, pudiendo requerir del facultativo o el personal que lo asista más o menos precisiones según la dolencia cuyo estudio se trate.

Como observación destaco que a pesar de las coincidencias que evidencian las definiciones dadas por la doctrina, noto en ellas diferencias al reparar en la fuente de la que emanan, por lo tanto el contenido prescriptivo de las definiciones cuya fuente original fue el ámbito propio de las ciencias médicas será diferente del contenido conceptual (y también prescriptivo), de las definiciones originadas en el ámbito de los científicos jurídicos. El problema es poder compaginar todos los aspectos que rodean al historial clínico y que van desde lo meramente formal o gramatical, pasando por el aspecto médico asistencial, llegando al jurídico o contemplándolo desde el punto de vista de la medicina legal.

Observamos que hay muchos ingredientes relacionados con este elemento para poder elaborar por ende una definición que integre en si misma y de forma sistemática todas las áreas que este tema abarca para poder visualizarlas con mayor nitidez y claridad. En mi opinión, la definición debe ser completa pero lo suficientemente amplia como para dar cabida en ella a las nuevas formas que el historial clínico va asumiendo, dado que, la informatización de la historia clínica en programas cuyo diseño tiene la finalidad de servir a la organización de grandes centros hospitalarios o asistenciales de carácter privado, hacen que, el historial completo no esté depositado en los archivos de un solo profesional de la salud, sino más bien, en los archivos de los distintos puntos geográficos en los que los concretos especialistas desarrollan la consulta, amén de depender todos del mismo centro asistencial. Nos encontramos entonces con una ramificación podríamos decir, del documento, que concentra todo su recorrido en el propio programa informático de que se trate, con las complicaciones que los asientos residenciados por distintos profesionales de la salud pueden presentar para su interpretación cuando la consulta pueda requerir un trabajo interdisciplinar o la opinión de más de un especialista para el tratamiento y diagnóstico de una misma dolencia. Es por estos que creemos que la definición brindada guarda las precisiones suficientes, aunque por supuesto no es absoluta.

Características esenciales:

A la luz de las definiciones dadas, podemos decir que se desprenden de ellas los siguientes caracteres esenciales de este documento[24]:

1.- **Confidencialidad**: El **secreto médico** es uno de los deberes principales del ejercicio de la medicina, cuyo origen de remonta a los tiempos más remotos de la historia y que

hoy mantiene toda su vigencia. El secreto médico, la confidencialidad e intimidad y la historia clínica, son tres cuestiones que se implican recíprocamente. El problema médico legal más importante que se plantea es el quebrantamiento de la intimidad y confidencialidad del paciente y los problemas vinculados a su acceso, favorecidos por el tratamiento informatizado de los datos.

2.- Seguridad: Debe constar la identificación del paciente así como de los **facultativos y personal** sanitario que intervienen a lo largo del **proceso asistencial**.

3.- Disponibilidad: Aunque debe preservarse la confidencialidad y la intimidad de los datos en ella reflejada, debe ser así mismo un documento disponible, facilitándose en los casos legalmente contemplados, su **acceso y disponibilidad**.

4.- **Unidad**: La historia clínica debe ser única para cada paciente por la importancia de cara a los beneficios que ocasiona al paciente la labor asistencial y la gestión y economía sanitaria. Estimo que este carácter esencial debe matizarse por las razones que apuntamos más arriba en relación a la idea de ramificación del documento dentro de un mismo centro asistencial, sin descuidar la noción de unicidad por los deberes de custodia que recaen sobre el depositario de la información médica contenida en cualquier tipo de soporte, referida claro está a su único titular, sobre quien recae el derecho de acceso a la información.

5.- **Legible**: Una historia clínica mal ordenada perjudica a todos, a los médicos, porque dificulta su labor asistencial y a los pacientes por los errores que pueden derivarse de una inadecuada interpretación de los datos contenidos en ella. La copia de la historia clínica que se expida a solicitud de cualquier paciente debe ser completa, clara y estar redactada en términos comprensibles.

6.- Veracidad: La historia clínica, debe caracterizarse por ser un **documento veraz**, constituyendo un derecho del usuario.

7.- **Exacta- Rigor técnico de los registros**: Los datos en ella contenida deben ser realizados con criterios objetivos y científicos, debiendo ser respetuosa y sin afirmaciones hirientes para el propio enfermo, otro profesional o bien hacia la institución.

8.- **Coetaneidad de registros**: La historia clínica debe realizarse de forma simultánea y coetánea con la asistencia prestada al paciente.

9.- **Completa**: Debe contener datos suficientes y sintéticos sobre la patología del paciente, debiéndose reflejar en ella todas las fases médico - legales que comprenden todo **acto clínico-asistencial**. Así mismo, debe contener todos los documentos integrantes de la historia clínica, desde los datos administrativos, documento de consentimiento, informe de asistencia, protocolos especiales, etc.

10.- **Unilateral**: Es un documento emanado de parte de un sujeto (ya sea médico u organismo asistencial publico o privado).

11.- **Acumulativa**: Allí se concentran todos y cada uno de los acontecimientos y cambios relativos a la salud del paciente y su evolución.

12.- **Identificación del profesional**: Todo facultativo o personal sanitario que intervenga en la asistencia del paciente, debe constar su identificación, con nombre y apellidos de forma legible, rúbrica y número de colegiado.

Sujetos interesados.

En principio los sujetos interesados en la confección de la historia clínica son los integrantes de la relación jurídica médico paciente. Para ambos sujetos la realización de este documento es tanto un derecho como un deber. Eventualmente, y a medida que la relación jurídica se torna mas compleja, intervendrán otros agentes, como las clínicas o establecimientos públicos que conservan la custodia de las mismas, y pueden existir además terceros interesados en este historial, que por su relación con el enfermo tengan derecho a conocer su estado de salud, aunque sean ajenos a la relación contractual ya que como se ha expresado en fallos (Sánchez Pascual del 27/12/84) pueden promediar casos de responsabilidad extracontractual por culpa en la esfera contractual, dado que al verse afectados los familiares (terceros a ajenos a la relación médico paciente), hay en esos casos una prolongación del deber de seguridad hacia el ámbito extracontractual. O bien, necesidad de hacerla examinar por peritos, a pedido del juez y las partes contendientes en caso de existir un litigio.

Esto en cuanto al interés de los actores relacionados en función del valor documental del historial clínico.

Desde otra perspectiva también este punto se relaciona con el problema de la propiedad de la misma frente al que surgen distintas posturas. Esto será tratado en el punto respectivo.

Otros interesados posibles que surgen en vista de la tendencia a la informatización de la historia clínica o de su emisión con carácter formulario o de tipo de adhesión, es la empresa que diagrama dichas historias y que tendrán además de carácter predispuesto, los contenidos predeterminados por las empresas que las emiten, las cuales momentáneamente en nuestro país las realizan en soporte papel, pero en algunas regiones de España la informatización de historiales en centros que tienen gran afluencia de pacientes es ya una práctica muy extendida.

En países como España se da gran importancia a otro sujeto, o agente interesado al respecto, que es la figura del **médico documentalista**, sostiene el Dr. Miguel Moreno Vernis (doctor en Medicina y presidente de la **Sociedad Española de Documentación Médica**) en una nota realizada en el diario El País de Madrid el 21/12/99.

Otro aspecto a tener en cuenta en relación a los sujetos y la satisfacción del derecho a informarse del paciente en nuestro país, es su consideración en carácter de consumidor o usuario de servicios o prestaciones de tipo médico asistencial regido por la ley 24.240 que regula los derechos de los consumidores y usuarios.

Forma:

Hemos visto hasta aquí que la relación médico-paciente es de carácter no formal, pero en lo que respecta a la historia clínica debe esta mantener ciertas formalidades para una mejor protección del derecho del paciente a la información. Esto en virtud de que las formalidades que debiera contener la historia clínica no se hayan plasmadas en textos normativos lo cual no hace exigible por ley el cumplimiento de las mismas aunque sirve a los operadores jurídicos para establecer parámetros de imputación de la responsabilidad y su establecimiento.

Dicha forma debe ser: manuscrita de puño y letra por los médicos tratantes y el personal auxiliar bajo la responsabilidad de los primeros, no se permite hacerla en máquina salvo que lleve sello del médico con firma certificando su autoría[25].

Las normas éticas de algunos centros médicos especifican que deber realizarse de tal manera que sea legible.

Relacionada a la forma que asumirá la historia clínica se encuentra el tema del contexto de emisión en que se la expide, por lo tanto podrá quedar clasificada como instrumento público o privado en uno u otro caso.

También podemos hablar de forma de la historia clínica en razón de la especialidad médica de que se trate y a la cual se acuda, por lo tanto tendremos dos grandes especies de historiales, como son la historia clínica propiamente dicha y la historia clínica psiquiátrica, en la primera el médico podrá mayor atención en los problemas de tipo físico del paciente, mientras que en la segunda se atenderá a todos sus antecedentes o padecimiento de tipo psíquico, y relativos a la salud mental (antecedentes familiares, observaciones relativas a la capacidad del paciente en la consulta de reconocer tiempo espacio y lugar y ubicarse en los mismo, etcétera[26]).

Otro problema que se presenta en relación a la forma de la historia clínica es el quid de la informatización, que en ciertos países ya es una práctica extendida, y que es de un valor muy importante en el ámbito médico asistencial pero que presenta grandes dificultades en el ámbito médico legal en clara tensión con el derecho a la protección de la intimidad y los datos personales [27].

En estos casos la historia clínica se considera como un elemento central de la creación de redes de informática o de telecomunicación médica por las grandes ventajas que proporciona la incorporación de los datos de las historias a los sistemas informáticos en todas las facetas de la medicina ya que facilita, la investigación, la docencia, la asistencia médica, la labor de enfermería, la gestión administrativa y económica.

Sin embargo, la informatización de los historiales tiene como inconveniente principal el poner en peligro algunos de los derechos fundamentales del paciente, como son el derecho a la intimidad y confidencialidad del enfermo.

Otro inconveniente sería la pérdida brusca, total o parcial de los datos.

Para evitar tales inconvenientes sería necesario:

Garantizar el derecho a la información de que la confidencia hecha al médico y sus hallazgos y deducciones van a ser informatizados.

Derecho a la libertad para decidir mediante consentimiento si sus datos serán informatizados o no, cuestión que dificulta que pueda llevarse a la práctica en grandes centros asistenciales, donde los contratos de prestaciones médicas ya sean a través del sistema de salud estatal o bien de centros sanitarios privados, presenta las formalidades de un contrato formulario, que incluye el registro de las informaciones referidas a la salud del paciente. El estado de la cuestión me permite afirmar que esta libertad en las actuales circunstancias es de difícil realización debido al avance y ventajas que presenta la evolución de las nuevas tecnologías aplicadas a las bases documentales y sistemas de catalogación y archivos médicos.

Derecho a la intimidad

Educación del personal que manipula la información [28]

Acceso restringido

Cumplimiento de medidas de seguridad impuestas por ley si existieran.

Contenido.

En este documento deberán constar los **antecedentes del paciente**, su estado actual la ficha de **anamnesis**, todos los estudios cronológicamente ordenados que se hayan efectuado, y su diagnóstico, el tratamiento o terapia que se llevará a cabo, la **evolución del paciente** y los resultados logrados, la **medicación prescrita**, y la suministrada, **ante cirugías el protocolo quirúrgico** en el cual constará la integración del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etc. Todos los datos que de forma precisa y completa, detallan el servicio médico y auxiliar suministrado. También estará integrada por los denominados **resultados experimentales, (análisis clínicos, radiografías, resultados de laboratorio)** así como informes escritos o magnetofónicos que constituyen el diagnóstico clínico y la terapéutica. El motivo por el cual se instituye la historia clínica tiene en principio dos explicaciones: a) la de llevar el registro de diagnóstico y del tratamiento y que permitirá constatar **los errores o desaciertos médicos como pruebas**. Dentro de esta explicación podemos agregar la función de consulta de otros profesionales que participen en el tratamiento o de los futuros médicos que pueda consultar el paciente[29] y b) por razones administrativas o de contralor.

Pero el contenido de la historia clínica no solo implica un mero diagnóstico, involucra además otras valoraciones del médico relativas a las circunstancias que hacen a la situación del paciente, de acuerdo a su formación y su criterio, pero debe ser claramente redactada, precisa completa y metódicamente realizada.

Su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión exigente del profesional[30]. Implica realizarla de tal manera que se dejen constancias suficientes de haber cumplido el deber de informar, para mayor seguridad del médico se debe procurar el consentimiento por escrito (o sea que promedie su firma en la historia clínica, sobre

todo en los casos en que se requiera por ley además de casos en que lo aconseje la práctica médica o los códigos de ética). Bien puede todo esto ser incorporado en historia clínica al margen de otros documentos.

Si existiese información que por la gravedad del paciente debiera ser ocultada al mismo para no empeorar su estado de salud o que no sea esta información un impedimento para su buen tratamiento y evolución, esto también puede dejarse constancia en tal documento. El problema es que si el paciente tiene acceso a la historia clínica y por ende a informarse sobre su propio estado será conflictivo incluir este dato en su repertorio médico personal. Todo dependerá en el caso concreto de la prudencia del médico teniendo en cuenta el perfil del paciente y la dolencia que lo aqueja.

La historia clínica deberá contener mínimamente: fecha y hora de internación, datos personales del paciente, domicilio y ocupación, antecedentes familiares, ficha de anamnesis y examen físico, diagnóstico presuntivo de internación estudios indicados, terapia o tratamientos a aplicar, evolución de su estado en forma diaria -aunque en el mismo se repita el del día precedente-, **interconsultas, la razón de las mismas y la opinión del profesional requerido**, resultado de los estudios indicados, medicación indicada y constancia -en la intervención del personal de enfermería- de su administración, también se incluirán en una ficha de tipo administrativa, todos los datos personales del enfermo dejando expresa constancia de quien lo representará en caso de que no pueda hacerlo por sí mismo, o quien quedará a su cuidado en caso de ser necesario.

En caso de cirugías, protocolo quirúrgico -donde conste nombre del cirujano y todos los miembros de su equipo-, datos del paciente intervenido, la patología que se ha descubierto, el tipo de anestesia a aplicar y la técnica quirúrgica utilizada, los resultados de la cirugía y la ficha de anestesia, en la que debe encontrarse identificado el médico interviniente, drogas utilizadas y evolución de los parámetros vitales durante el acto anestésico y la recuperación del paciente.

Debe constar la ubicación del paciente dentro del establecimiento, eventuales traslados o externaciones temporarias, controles de parámetros y epicrisis completa de la que surja el diagnóstico, el tratamiento realizado y las condiciones y fundamentación del alta médica, con las indicaciones a cumplir con posterioridad -las que resulta conveniente sean suscritas por el paciente o familiar responsable- asimismo, indicar por qué medios es trasladado el paciente dado de alta.

Albanese-Zuppi[31] consideran que el contenido de la Historia Clínica estará además integrado por lo que se denomina resultado experimentales, tales como los análisis clínicos, radiografías, resultados de laboratorio, etc., así como por los informes escritos o magnetofónicos que constituyen lo que se llama el diagnóstico clínico y la terapéutica.

Ningún dato relativo al paciente puede omitirse de la historia clínica, pero principalmente deberán incluirse aquellos que tengan carácter de necesarios o imprescindibles. La forma de realización aunque pueden variar sus características de un profesional a otro, debiendo ser realizada es en forma ordenada, de acuerdo a una sistematización de los datos y en forma detallada, anotándose pormenorizadamente todos los datos que surjan en cada consulta o examen efectuado. Dicha confección debe respetar también el orden de las fechas en que se realizan las consultas, y las hojas identificarse con los datos del paciente desde el comienzo de su tratamiento.

El contenido mínimo de una historia clínica a través de la jurisprudencia: A través del análisis de fallos nos es revelada la importancia que adquiere la historia clínica como instrumento probatorio para nuestra jurisprudencia, así como nos son reveladas las consecuencias jurídicas de que acarrearía su confección deficiente o las omisiones en dichos documentos, las cuales importan para el juzgador un criterio prácticamente uniforme de que las deficiencias o irregularidades en la confección de la historia clínica una presunción de culpa en contra del profesional.

25/6/81 Abalo c/SMATA Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, "la carencia de parte anestésico, que impide apreciar la índole y cantidad de drogas empleadas y la falta de parte quirúrgico que imposibilita verificar el tiempo de la operación, la exploraciones complementarias, la hora del accidente respiratorio, etc. Advierten sobre la falencia y anomalías en la prestación del servicio que conduce, inexorablemente a la atribución de responsabilidad.[32]

27/12/85 FCM c/ CLA y otro Cámara Nacional en lo civil Sala G .la historia clínica constituye el acopio de toda información de un paciente con el fin de que los distintos profesionales que lo asisten puedan conocer las particularidades de cada caso para hacer más eficiente el tratamiento y aprovechar la experiencia que reflejan allí los anteriores médicos que intervinieron. En cambio la mera indicación de temores que se formula parece convertir la historia clínica en un libro de quejas o en un diario de sentimientos íntimos, y no lo llena la eficiencia y la previsión que es exigible a un profesional que enfrenta una posibilidad de tan graves consecuencias.[33]

20/3/89CFM Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala III, "se presume la negligencia médica ante la desaparición de las hojas de indicaciones médicas y de las hojas de enfermería, que son agregadas a la historia clínica en las cuales se registran día a día las novedades".

4/5/90 Cámara Civil y Comercial de San Isidro "la historia clínica irregularmente confeccionada, resulta un medio de prueba de escasa eficacia frente aun cuadro general de graves, precisas y concordantes presunciones de conducta omisiva y deficiente del servicio de salud brindado por la entidad sanatorial demandada."[34]

24/5/90 Calcaterra Cámara nacional en lo civil de la Capital Federal "en autos se probó fehacientemente que la historia clínica estaba plagada de deficiencias y omisiones. Este hecho es imputable a todos los médicos que intervinieron directamente en la atención.... Estas razones que suponen graves irregularidades, son suficientes para generar una presunción judicial de culpa... poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, máxime que la historia clínica es harto deficiente y los demandados integran un grupo médico."[35]

10/4/90 Cámara Civil y Comercial de Morón: si la historia clínica ostenta importantes omisiones, es una situación que en modo alguno puede perjudicar a la reclamante, pues reconocida la especial relevancia de los asientos médicos, el obrar omisivo de la demandada dificulta o entorpece a la actora para determinar la culpa del galeno (voto del Dr. Conde) las omisiones y defectos que contiene la historia clínica deben incidir sobre las acciones del recurrente y no sobre la actora (voto del Dr. Venini).[36]

3/9/91 Cámara Civil y Comercial de Lomas de Zamora, resolvió que ante una historia clínica bien confeccionada, que da cuenta de las **secuencias médicas acaecidas** y que no ha sido impugnada por los accionantes, no cabe sino atenerse a lo allí expresado y rechazar así la responsabilidad médica que imputan los actores en base a la mala praxis en la práctica de parto.[37]

14/4/92 Bianchini c/Muntane: Cámara de Apelaciones Civil Comercial y Laboral de Venado Tuerto "la carencia de historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la responsabilidad médica y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de los hechos"[38]

12/5/92 Sica c/ENTEL Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D La responsabilidad del médico no puede limitarse al área específica de una especialidad, si de la historia clínica resulta que éste atendió la evolución del paciente y dictaminó el acta médica lo que implica un pronunciamiento sobre la salud general del mismo

3/11/92 Gómez c/Spina Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires Se sustrae al imperativo legal de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (art. 902 CC) el profesional médico que no satisface las exigencias que debe contener una historia clínica limitándose sólo a reflejar en ella la atención del paciente.

Hasta hemos visto como una innumerable cantidad de casos, hacen hincapié en las exigencias que una historia clínica debe satisfacer, pero noto sin embargo que al margen de esto, no se hace referencia a dichas exigencias de manera concreta y taxativa, me permito señalar esto como una crítica tanto al legislador, como al juzgador. Al primero, porque si bien la realidad médico asistencial impone al prestador de servicios médicos ciertas condiciones que no son pasibles de ser modificadas, ya que son de orden estructural, el legislador no puede actuar de forma omisiva en este punto, resultando deseable el dictado de una ley o una resolución que enumere (aunque no de manera cerrada) los contenidos mínimos que una historia clínica debe definitivamente satisfacer (de lo contrario, resulta un tanto injusto hablar en una decisión judicial de culpa del profesional por falta de satisfacción de contenidos exigibles cuando no se hace referencia a cuales son ellos). La existencia de normas claras, permite al juez eventualmente, traer a colación circunstancias asimilables a las que la norma entienda como de incumplimiento con respecto a este punto, completándose por vía jurisprudencial lo ya propuesto por el legislador en primer término. Toda ausencia normativa es fuente de inseguridad jurídica para cualquiera de las partes interesadas, más allá de que el juez debe poder contar con algún grado de discrecionalidad para tomar sus resoluciones.

La situación en materia legislativa no es demasiado variada desde la primera aparición de estas líneas que hoy amplío, dado que no hay una normativa específica sobre historial clínico, que permita al paciente realizar una solicitud previa del documento sin tener que acudir al procedimiento de habeas data. Cuando hablo de una solicitud previa, quiero referirme a unas condiciones legales bajo las que la documentación en la que se extienda la biografía personal contenida en la historia clínica, deba someterse. Tan sólo vemos que los operadores jurídicos continúan aplicando la ley del consumidor y las normas generales sobre la responsabilidad civil médica a la amplitud de casos presentados.

Encuentro, no obstante, una evolución en el sentido apuntado en este trabajo, en algunos fallos emanados de las Cámaras de Apelación, en los cuales, la doctrina jurisprudencial se aparta, en un giro radical, de la teoría de la causalidad, o, más vale decir, de la prohibición de presunción de la causalidad adecuada, toda vez que, la historia clínica fuese confeccionada de manera defectuosa, incompleta, o deficiente, o mucho peor, en casos donde ésta no existiera por haberse alegado su pérdida o destrucción por los depositarios de la misma.

Los tribunales fundamentan este giro en la apoyatura que encuentran en los restantes medios de prueba documental, pericial o testifical, y sobre todo en la sana crítica y un endurecimiento de los requisitos de la responsabilidad por culpa médica, que a veces, se fundamenta directamente en el artículo 1113 del Código Civil. Un argumento, a mi juicio el más contundente que encontramos a través del análisis jurisprudencial, es el de que, la teoría de la causalidad adecuada, nos permite realizar el juicio de prognosis, tanto de actos como de omisiones, que pueden intervenir en el íter normal de los acontecimientos. Dichas omisiones pueden derivar en una confección defectuosa del historial clínico, y aún la pérdida, extravío, destrucción o no presentación en juicio de la copia de la historia clínica, formar, en el juzgador una presunción en contra de quien debía acreditar la diligencia, en el caso del tema estudiado, el facultativo, por la aplicación de las reglas de la carga probatoria, sin llegar a la exigencia de una prueba diabólica. De modo semejante, aunque en un marco normativo que ofrece otras garantías jurídicas, se encuentran sentencias en el ordenamiento español que se inclinan por la misma opinión aunque con distintos argumentos, pero parece apartarse de la idea de prohibir la presunción de relación causal.

La relación de sentencias del ámbito nacional que hemos podido seleccionar, dan cuenta de lo que venimos explicando con mayor claridad y detalle, por lo que exponemos algunos extractos, en orden cronológico respetando el método de trabajo que seguimos hasta aquí y que revisamos luego de una década:

ROMERO María Inés c/ M.C.B.A. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.-
Magistrados: Ana M. Luaces, Hugo Molteni, Jorge Escuti Pizarro. - Sala A. - Fecha: 10/09/2001 - Nro. Exp.: L.307751

Si bien las omisiones en la historia clínica no autorizan por sí solas a concluir que no se practicaron las medidas que las reglas del arte exigían, no puede negarse la trascendencia de una historia prácticamente inexistente como tal o de la omisión de datos imprescindibles para el seguimiento del paciente, circunstancia que compromete la responsabilidad de los facultativos y auxiliares intervinientes.

PERRONE María Lucía c/ DALDEVICH Dora y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.-
Magistrados: Eduardo Fermé, Julio Ojea Quintana, Delfina Borda. - Sala I. - Fecha: 14/12/2001 - Nro. Exp.: L.059272

Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional y, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, ya que de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente. Un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales.

DOMÍNGUEZ Carlos Alberto c/ ZAMBRANO Jorge Ricardo s/
RESPONSABILIDADES MEDICAS.- Magistrados:Fermé, Borda, Ojea Quintana. -
Sala I. - Fecha: 06/06/2002 - Nro. Exp.: L.110360

1- La ausencia de la historia clínica -en la que puede o no haber constancias de la información suministrada al paciente y de su consentimiento- no puede obrar como presunción en contra del médico demandado, si no le correspondía a él su custodia y el fracaso de la prueba tendiente a incorporarla al juicio se debió a la quiebra que afectó al establecimiento en el cual aquél se desempeñaba. 2- El caso en el cual a través de una técnica operatoria se trata de paliar las consecuencias de una mutilación que reconoce su causa en un accidente laboral, no resulta asimilable al supuesto de una intervención quirúrgica gravemente mutilante, en el que el consentimiento por exigencia de la ley debe ser dado por escrito (art. 19 de la ley 17.132). 3- Aun demostrada la omisión de obtener el consentimiento sobre la base de una previa información adecuada a las circunstancias, si bien podría implicar una afrenta a la autonomía del paciente, ello no quiere decir que los médicos hayan causado daño, si la lesión no obedece a la culpa de los profesionales sino que constituye un riesgo propio de la intervención efectuada. (Sumario N°14961 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°25/2002).

PLENKOVICH Liliana Esther c/ SALVIA Mercedes s/ ORDINARIO.-
Magistrados:BURNICHON, PASCUAL, LOZANO. - Sala L. - Fecha: 13/02/2003 -
Nro. Exp.: L.54312

Del voto en disidencia de la Dra. Lozano: 1- La responsabilidad del anestesista corresponde encararla como obligación de resultado, pues no parece posible calificarla de obligación de medios, porque no hay áleas graves y porque no es más que un medio complementario de la cirugía tan estereotipado (para el que sabe aplicarlos) que el resultado prevalece indudablemente sobre cualquier otra consideración (conf. "Romero, Norma y otros c/ INSSJ y P ", del 25/7/94 publicado en JA 1995-I, pág. 509 y sigtes.). 2- La historia clínica debe reflejar los datos suficientes para llegar a un diagnóstico, no debiendo olvidarse que una ficha anestésica incompleta o enmendada dificulta la defensa del anestesista en juicios por mala praxis. Y si aquel no ha confeccionado la historia clínica adecuada que permita saber a ciencia cierta que cantidad de anestésico se le suministró, con qué aguja se efectuó la punción y si en definitiva se tomaron todos los recaudos necesarios que exige dicha práctica; puede presumirse que el médico es el causante del perjuicio cuando se realizó un acto asistencial a resultados del cual el paciente sufrió una lesión y no existe otro factor causal. 3- Si la patología médica y la medicina legal no están en condiciones de aportar un cuadro completo de certeza absoluta en la derivación de cierto evento respecto de un determinado antecedente, la presencia de la relación causal no puede ser excluida invocando márgenes de relatividad frente a un razonable criterio de probabilidad científica. (Sumario N°15995 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°12/2004).

REPÚBLICA BUILDING SA c/ MESTANZA Oscar y otro s/ MEDIDAS
PRECAUTORIAS.- Magistrados:ESTEVEZ BRASA, DEGIORGIS. - Sala K. - Fecha:
25/02/2003 - Nro. Exp.: R.90626

Aun cuando, en principio, la carga de la prueba pesa sobre la víctima, el profesional médico y la obra social, ante lo incompleto de la historia clínica, deben aportar al proceso los datos faltantes, toda vez que cuentan con mayor aptitud probatoria al haber

tenido en sus manos el tratamiento del paciente. Y al no ser arrimados tales elementos al proceso, se genera en contra del galeno una presunción de verdad sobre la conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar, sin que ello implique una inversión de la carga de la prueba, sino una simple colaboración destinada a aportar los datos faltantes que hacen a su eventual ausencia de responsabilidad, frente a la posibilidad de que el desinterés en aportar tales datos pueda poner en juego la mentada presunción. (Sumario N°16143 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°18/2004).

ORTEGA SUAREZ Denis Mauro c/ OSPIT (OBRA SOCIAL PERSONAL INDUSTRIA TEXTIL) y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:ÁLVAREZ, DARAY, VILAR. - Sala M. - Fecha: 07/03/2003 - Nro. Exp.: L.350242

1- Desde el punto de vista procesal, la historia clínica participa de los caracteres de la prueba documental simultáneamente con los de la prueba informativa desde que queda un registro de ella en los archivos medico-asistenciales. En un registro de hechos biológicos y médico asistenciales que interesan al paciente y un exponente de la calidad de la atención recibida. Precisamente, para determinar cual ha sido la calidad de la atención brindada le son aplicables por vía de analogía los principios de técnica documental que impone el Código de Comercio sobre el modo de llevar los libros. De ahí que, es importante señalar que está prohibido alterar los asientos o registros, dejar blancos que posibiliten insertar un texto extemporáneo, hace interlineaciones o enmiendas sin salvarlas mediante un nuevo asiento, tachar algún registro, arrancar o mutilar hojas o modificar la foliatura. 2- La comprobación de vicios en la historia clínica -alteración de asientos, existencia de blancos que posibiliten insertar textos, interlineaciones o enmiendas sin salvar, modificación de foliatura-, constituye una presunción en contra del establecimiento, en tanto dichos vicios dificultan la reconstrucción de los hechos clínicos en discusión. Otros indicios que conspiran contra el ente asistencial o los médicos son el desorden y la desprolijidad, la ilegibilidad y las omisiones que más que un descuido crean la presunción que el ocultamiento de datos se debe a la presencia de un daño cierto, indudablemente vinculado a las falencias del registro. Las irregularidades que se detectan en una historia clínica deben ser objeto de un intenso análisis pues son ellas las que dificultan la efectiva auditoría sobre la calidad de la prestación. (Sumario N°15463 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°14/2003).

: MESSINA Patricia Alejandra c/ PARODI Patricia Teresita y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:Lozano, Pascual. - Sala L. - Fecha: 25/03/2003 - Nro. Exp.: L.59785

El paciente tiene derecho a conocer la índole de su enfermedad y, consecuentemente, el médico debe informarlo sobre las posibilidades que puede ofrecer determinado tratamiento o cirugía acerca de lo cual debe llevar un correcto registro. De ahí que, si las afirmaciones del galeno sobre la conveniencia de no operar y la existencia de un desprendimiento de retina que padecía el actor surgen solamente de la contestación de la demanda y no de las constancias de la historia clínica, no cabe conjeturar que se le haya dado la información en forma verbal al paciente sobre tales circunstancias en tanto no se puede hacer referencia a algo que fuera hablado pero no escrito en la historia clínica.

(Sumario N°15358 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°10/2003).

VELIZ Víctor Hugo c/ FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DEL TABACO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:SANSÓ, DE IGARZÁBAL, LÓPEZ ARAMBURU. - Sala B. - Fecha: 05/02/2004 - Nro. Exp.: L.372853

1- La falta de registros en la historia clínica de la recién nacida implica que no se efectuaron análisis ni controles posteriores a su nacimiento, circunstancia que impide precisar el momento y la causa que desencadenó la infección y el cuadro de deficiencia neurológica que evidenció la niña. En consecuencia, al no existir constancia ni certeza y contar los profesionales encargados de la atención al infante con la ciencia y experiencia que se requería, debieron extremar todas las previsiones y cautelas frente a la fragilidad del paciente, situación que conlleva a su responsabilidad médica. 2- Es peligroso para la salud de la gente que se adjudique una superlativa eficacia probatoria a la historia clínica, ya que puede conducir a disociar una presunta verdad formal y una material, ya sea porque se registre lo que se hizo o lo que se omitió y figura como realizado. Los profesionales de la medicina tienen obligaciones morales y legales. En particular, las que les marcan las disposiciones de la ley 17.132, por lo tanto deben extremar los cuidados de sus pacientes asistiéndolos todas las veces y todo el tiempo que sea necesario y dar cuenta de ello en el instrumento que también la ley determina. No lo pueden falsear, porque ello configuraría delito, aparte de resultar inmoral. Y pese a que parezca burocrático, deben proveer la mayor cantidad de datos ciertos, para facilitar la información primero que todo al mismo paciente, a su familia, y a quienes por razones legales tengan facultad de informarse, para lo cual deben registrar las actividades y controles médicos efectuados. Los defectos en ese registro no pueden ser entendidos en detrimento del paciente, al tiempo de tener que probar diligencia o negligencia en la atención médica. (Sumario N°16476 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 2/2006).

LARROSA Juan Carlos y otro c/ SANATORIO QUINTANA SA y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - N° Sent.: Fallo completo publicado en: Microjuris.com del 15/06/2004.- Magistrados:MOLTENI, LUACES, ESCUTI PIZARRO. - Sala A. - Fecha: 02/06/2004 - Nro. Exp.: L.364694 Aun cuando, en principio, la carga de la prueba pesa sobre la víctima, el profesional médico y la obra social, ante lo incompleto de la historia clínica, deben aportar al proceso los datos faltantes, toda vez que cuentan con mayor aptitud probatoria al haber tenido en sus manos el tratamiento del paciente. Y al no ser arrojados tales elementos al proceso, se genera en contra del galeno una presunción de verdad sobre la conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar, sin que ello implique una inversión de la carga de la prueba, sino una simple colaboración destinada a aportar los datos faltantes que hacen a su eventual ausencia de responsabilidad, frente a la posibilidad de que el desinterés en aportar tales datos pueda poner en juego la mentada presunción. (Sumario N°16143 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°18/2004).

BRODA Roberto Carlos c/ NEUSPILLER Nicolás Raúl s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - N° Sent.: Fallo completo publicado en: eIDial.com del 21/12/2004.- Magistrados:HERNÁNDEZ, LÓPEZ ARAMBURU, SANSÓ. - Sala B. - Fecha: 19/11/2004 - Nro. Exp.: L.379050 La información correcta sobre los riesgos propios de

los tratamientos a efectuarse concierne no sólo a la fase previa a la celebración del contrato médico, sino también a la fase de ejecución de ese tratamiento, en cuanto permita al paciente consentir sobre la adopción de las medidas de precaución más idóneas para la salvaguarda de su salud. De ahí que, si no surge de la historia clínica que se haya informado a la paciente o a su cónyuge de la necesidad de traslado de la parturienta a una institución de alta complejidad, sino que solamente se efectuó esa comunicación cuando el estado de la paciente se había tornado de suma gravedad, tal circunstancia evitó que la damnificada y su cónyuge pudieran decidir el lugar que elegirían de acuerdo a los riesgos que pudieran presentarse. (Sumario N°16285 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°5/2005).

DE MOURA Ana María y otros c/ García Morato Eduardo y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:ÁLVAREZ, VILAR. - Sala M. - Fecha: 21/12/2004 - Nro. Exp.: L.396355

1- Si bien resulta indiscutible el deber que tiene el médico de informar al paciente acerca de aquéllos aspectos que sea de interés conocer en relación al estado de salud, el diagnóstico, la terapéutica a seguir, posibles consecuencias, etc., este deber tiene ciertos alcances, y en este orden de ideas, se ha señalado que en cuanto a las consecuencias del tratamiento, sólo habrán de informarse aquellos riesgos inherentes al mismo que razonablemente y de acuerdo a los conocimientos científicos se puedan prever -riesgos típicos- es decir, aquellos que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas. De este modo, quedan fuera del deber informativo las consecuencias o riesgos excepcionales atípicos. 2- Si el consentimiento quirúrgico firmado por el propio paciente que obra en la historia clínica es suficiente, por sus propios términos, para acreditar que el galeno le ha explicado claramente en qué consistía la intervención y las complicaciones teóricas propias de un procedimiento quirúrgico; pretender que ese deber de informar, además de realizarse frente al paciente, se extienda a familiares y amigos minutos antes de comenzar la práctica quirúrgica es, indudablemente, un exceso que no tiene justificación, pues lo importante es que el mismo interesado comprenda cuál es el procedimiento que se llevará sobre su cuerpo y cuáles las posibles consecuencias. 3- Para poder imputar responsabilidad al médico por falta del debido consentimiento informado, no solo es necesario acreditar este presupuesto de hecho, sino también que de haber conocido el paciente los riesgos que implicaba el procedimiento al que se sometía, no hubiese otorgado su consentimiento para esa práctica. 4- En cuanto a que el galeno debía saber que el síndrome mediastinal colocaba al paciente en el uno por ciento de riesgo de sufrir hemorragias, entre otras complicaciones, ello no puede implicar automáticamente una mala praxis de su parte, pues es de público y notorio que en materia médica -y más aún, en cualquier intervención que requiere anestesia total- pueden presentarse riesgos y complicaciones que no necesariamente guardan relación con la actuación del profesional, sino que se deben a contingencias propias de la naturaleza. En tal sentido la falta de éxito en la prestación del servicio profesional no necesariamente conduce a la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que es dable requerir a quien se confía la vida de un hombre o su curación, máxime teniendo en cuenta que un tratamiento o intervención quirúrgica exitosa no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influido por factores ajenos a él, como lo son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia u otras circunstancias imposibles de controlar. (Sumario N°16331 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°6/2005).

PERALTA DE LUCERO Dolores c/ CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:MERCANTE, UBIEDO, MARTÍNEZ ÁLVAREZ. - Sala D. - Fecha: 19/04/2005

1- Acreditada por la actora la culpa de los médicos que intervinieron en la asistencia de su hijo fallecido, al surgir de las probanzas aportadas que se le suministró una medicación neuroléptica contraindicada con la ingesta de cocaína y que no entra dentro de los denominados riesgos para eximir de responsabilidad a los médicos actuantes y a lo cual debe agregarse una técnica ineficaz, una insuficiencia de análisis previos, medicación inapropiada y una historia clínica (que en realidad no fue tal)incompleta, surge automáticamente la responsabilidad del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - como propietario del Hospital Borda-. Dicho deber de reparar es objetivo y directo, y descansa en la violación de una obligación de seguridad generada por aplicación del art. 504 del Código Civil. 2- Si bien en el caso, uno de los integrantes del Cuerpo Médico Forense informó que en cuanto a las posibilidades de revertir el cuadro que presentaba el joven no puede asegurar que si se hubiese realizado precozmente pudiera revertirlo, lo que sí afirma es que -desde el punto de vista legal- no se utilizaron los medios adecuados para la derivación del paciente y fundamentalmente la indicación de un tratamiento con psicofármacos dentro de la ambulancia y sin los controles médicos correspondientes, en tanto quedó al cuidado de una persona no idónea (personal policial)cundo surgió el paro cardiorespiratorio. (Sumario N°16426 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°10/2005).

MORALES Alfonso A. y otro c/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:DUPUIS, MIRÁS, CALATAYUD. - Sala E. - Fecha: 22/04/2005 - Nro. Exp.: L.403949

1- Frente al fallecimiento de un menor de poco menos de dos años de edad -luego de un postoperatorio- al cual se le practicó una intervención quirúrgica a los fines de la corrección de un labio leporino, de la pericia resulta claro que el shock -cuadro que se comprobó portaba el pequeño- si se diagnostica y trata precozmente, habitualmente tiene una solución favorable y al parecer no es lo que sucedió en el caso, puesto que el niño que poco antes había sido sometido a una intervención quirúrgica no tuvo un control adecuado o suficiente a fin de detectar dicho cuadro. Ello por cuanto, cuando los progenitores de la víctima percibieron una fuerte descompensación se perdieron valiosos minutos en la búsqueda de enfermeras y médicos que lo atendieran de urgencia, a punto tal que el padre corrió con el niño en brazos a la guardia general y no halló personal de ningún tipo que lo atendiera. Ante tales falencias del sistema hospitalario de la Comuna no puede eludir su responsabilidad el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires alegando la existencia de un caso fortuito, pues ninguna de esas carencias se trató de un hecho imprevisible y menos irresistible (art. 514 del Código Civil). 2- Ante la falencia probatoria y teniendo en cuenta que ya se había producido el cambio de turno de las enfermeras de guardia y que la codemandada -enfermera de sala del turno mañana- no estuvo presente cuando el niño llegó de la sala de operaciones, como así también el reconocimiento de la enfermera de turno tarde de que el menor se encontraba a su cargo, cabe concluir en la falta de responsabilidad de la nombrada en primer término quien se habría retirado poco antes de que se busque una enfermera al instalarse en la víctima el cuadro de shock y con la anuencia de la enfermera de la tarde, por lo que en tal circunstancia mal puede serle endilgada la responsabilidad por la desatención

del menor. 3- También cabe descartar la responsabilidad del anestesista si se repara que éste controló al paciente una vez concluida la operación, después lo acompañó a la sala y de la pericia médica producida en autos no surge relación de causalidad entre los actos realizados por este médico y el shock sufrido por el menor, ello en coincidencia con los médicos forenses que intervinieron en la causa penal. 4- En cuanto a la responsabilidad del médico cirujano, la norma prevista en el art. 902 del Código Civil no significa aceptar que la falta de éxito en la prestación del servicio, necesariamente conduzca a la necesidad de indemnizar al damnificado, pues el médico cumple empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre. Esa es la diligencia asumida ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello. Es que, por lo general el éxito final de un tratamiento no depende enteramente del profesional, sino que a veces se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia, u otras circunstancias imposibles de controlar. 5- Cuando se trata del desempeño de un cirujano, no cabe sino adoptar un criterio estricto, pues por la índole misma de la intervención directa sobre el cuerpo del enfermo, con los riesgos altísimos que los cortes de los tejidos y la extirpación de los órganos hacen aparecer, estos profesionales se encuentran obligados a acentuar de manera muy especial las providencias precautorias, y no obstante ello en el caso hay testigos inobjetables, incluso la propia actora, que refieren sobre la visita del cirujano y anestesista en la sala y con posterioridad a la operación y aunque la totalidad de los referidos controles no figuren en la historia clínica, cabe concluir que mientras estuvo el cirujano en el hospital controló al pequeño, con lo que no incumplió con su obligación de hacerlo. 6- Al estar probado que la jefa de cirugía plástica sólo cumplía horario matinal, que con anterioridad al cuadro de shock que se instaló en el menor -luego de las 13- se encontraba operando a otro paciente y cuando pasó por la sala general de cirugía plástica no se le informó sobre ninguna anomalía producida en el niño, mal puede ser responsabilizada de lo sucedido con posterioridad a su retiro, al haber cumplido el horario y no existir urgencias que justificaran otro accionar. A partir de allí, no cabe responsabilizarla por lo sucedido dado que ello tuvo que ver con la ausencia de médicos y enfermeras durante la tarde, falencia que no le es imputable. 7- El Director del Hospital debe responder por la realización de una autopsia efectuada en el cuerpo de la víctima no autorizada por los padres y tampoco dispuesta por orden judicial. Ello por cuanto se encuentra acreditado en el expediente que la autorización fue firmada por él como director del hospital, además de indicar los integrantes del servicio de patología que les dio la orden verbal de efectuar dicha autopsia. (Sumario N°16463 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°12/2005).

- CApel.CC Lomas de Zamora, Sala I, 27/10/2005. - R., S. C. c. Clínica Privada 25 de Mayo S.A. y otros s/daños y perjuicios: No obstante, debo decir que no hay tal nulidad. Los fundamentos dados por el Sr. Juez se encuentran sólidamente basados en el informe pericial médico y su ampliación en la que el profesional interviniente apoya sus conclusiones (arts. 474,473,384 CPCC); a su vez, en la merituación hecha de las declaraciones testimoniales, la prueba confesional ficta por parte de Clínica 25 de Mayo SA, y el extravío de la Historia Clínica de la primera internación lo cual dificultó la actividad probatoria de la actora, siendo que el galeno y el establecimiento médico se hallaban en una posición de privilegio, al ser los únicos que conocieron cómo ocurrieron los hechos.- No advierto la inexistencia de un acto jurisdiccional pleno - tal como aseguran los apelantes- ni la carencia en el análisis de la prueba producida. En

resumen, propongo rechazar el planteo de nulidad interpuesto (arts. 242, 253 y ccdtes. del CPCC).- 5-3) Respecto a la crítica de los apelantes en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimientes, deba explicar en cada caso, el por qué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del art. 384 y ccdtes. del procesal.- 6) La responsabilidad médica 6-1) Esta Sala ya se ha expedido en casos como el presente, en el que también me correspondió preopinar, in re "Lescano, Clara Rosa c/ CLINICA PRIVADA DE SALUD MENTAL s/Daños y Perjuicios"; Causa n° 51.325, del 11/VII/02, Reg.Sent.Def.N° 204, en el siguiente sentido: Corresponde inicialmente destacar que la prestación asistencial indirecta, prestada por las clínicas o sanatorios, nace de una responsabilidad contractual directa entre la institución y el paciente, originada en una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal de prestar asistencia por intermedio de los facultativos del cuerpo de la institución (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos", pág. 32 y ss.).- Dije también que participaba de la firme corriente jurisprudencial que considera que de parte de sanatorios e instituciones prestatarias de servicios médicos, hay una responsabilidad objetiva (CNCiv. Sala B, Rep. La Ley, XLII-A-I-716, sum 180), como que existe una obligación tácita de seguridad (CNCiv., Sala B, Rep. La Ley, 1983-B-555, idem misma sala, La Ley 1985-C-683, idem Sala B, Rep. La Ley XLII-A-I-716, sum. 191; esta Sala, 13-7-90, causa 31.936, Reg. Sent. Def. 122).- Como el establecimiento asistencial se vale de la actividad ajena de los médicos para el cumplimiento integral de su obligación, habrá de responder por la culpa en que incurren sus sustitutos, auxiliares o copartícipes, en razón de la irrelevancia jurídica de tal sustitución, ya que al acreedor no le interesa que el cumplimiento sea efectivizado por el propio deudor, o por un tercero del cual éste se valga para sus fines; y de la equivalencia de comportamientos del obligado y de sus sustitutos y asociados, se determina que el hecho de cualquiera de ellos se considera como si proviniese del propio deudor. Cabe asimismo destacar que diversamente a lo que ocurre en la esfera extracontractual, como el fundamento de esta responsabilidad radica en la estructura y efectos de la relación jurídica obligacional, para que el deudor sea civilmente responsable por el hecho del auxiliar, no es necesario que exista una relación de dependencia o subordinación (Conf. S.C.B.A., Ac. 33.539 del 22-XII-87; Ac. 43.518 del 16-VII-91; Ac. 46.712 del 4-VIII-92).- 6-2) Es cierto que la obligación que asume el médico no es una obligación de resultado o determinada de curar un enfermo, sino solamente una obligación de medios, es decir que se compromete a atender al paciente con prudencia y diligencia. En consecuencia, el acreedor que alega el incumplimiento de su obligación por el médico tiene la prueba a su cargo de que los servicios profesionales se prestaron sin esa prudencia y diligencia (Conf. Bustamante Alsina, Jorge Horacio, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", n° 1376, pág. 451, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª edición).- La naturaleza misma del ministerio del médico lo expone a menudo, a pesar de sus esfuerzos, no sólo a ver frustrada la curación, sino también a ver agravado el estado del enfermo. Por otra parte el carácter inductivo de la ciencia médica, no permite afirmaciones determinantes o matemáticamente categóricas; y es justamente esa característica propia, la que ha llevado a calificar su obligación frente al paciente, como de su ciencia o arte para abarcar la infinita variedad de cada individuo (Esta Cámara, Sala II, setiembre 3 de 1991, "V. de F., R. c/R., J. s/Daños y Perjuicios", E.D., T° 152, pág. 217).- Por otra parte, si los servicios del médico son requeridos por el paciente, se establece entre ellos

una relación de índole contractual se concluye en que la obligación asumida por el médico es de medios y no de resultado. En efecto, la cuestión debe ser analizada en función de la obligación de medios, contraída contractualmente entre la paciente y su médico.- 6-3) A partir del emplazamiento negocial en la figura del artículo 504 del Código Civil y descontándose que el médico no puede considerarse un subordinado de la clínica (sujeto a un poder de mando), en cuanto concierne a su labor técnica o científica, se plantea la interesante cuestión enderezada a fijar el real alcance o extensión del deber de la entidad por las faltas médicas.- Ahora bien, sin perjuicio de la responsabilidad contractual directa del médico para con su enfermo, de resultados de haber éste prestado su adhesión de eficacia a la estipulación concertada en su beneficio (art. 504 citado), habrá una responsabilidad contractual directa de la institución asistencial respecto del paciente; mas el enfermo estará necesitado de probar la culpa del médico, pero no con el fin de poner en marcha el deber reflejo del ente sanatorial, sino para patentizar la transgresión de la obligación de seguridad por parte de dicho ente (Bueres, Alberto J., "Responsabilidad de los Médicos", Hammurabi, 1992, págs. 380 y 385).- Las clínicas pueden probar la ausencia de culpa del facultativo, cuando como en la especie estén en juego obligaciones de medio, puesto que aunque ese factor de imputación (culpa) no hubiere de proyectarse reflejamente sobre la entidad, su prueba en sentido negativo impedirá el nacimiento de la obligación de seguridad por falta de una exigencia: la culpa del médico; asimismo, podrá hacer patente que el daño no es imputable a la culpa del galeno o a la violación del deber objetivo, respectivamente, sino que proviene (el daño) de un caso fortuito en sentido amplio (causa ajena) -hecho de la víctima, hecho de un tercero por el cual el ente no debe responder o cualquier otro causus genérico-, con lo cual quedaría destruída la relación de causa a efecto.- Es de destacar, además, que si bien el paciente tiene una acción directa contra los médicos en caso de incumplimiento de su obligación, nacida de aquella estipulación a su favor, tiene también una acción directa en el mismo caso contra la entidad estipulante en razón del contrato de asistencia pasado entre ellos. Esta responsabilidad del establecimiento asistencial no rige por los principios de la responsabilidad por el hecho de sus dependientes (art. 1113 Cód. Civil), como ut supra quedara dicho. Si bien puede existir un contrato con relación de dependencia laboral entre el médico y el sanatorio, no puede juzgarse al médico dependiente de éste en cuanto al ejercicio de su actividad profesional cuya independencia científica y técnica es incompatible con la idea de que pueda subordinarse el acto médico a órdenes de las autoridades del establecimiento.- Es que independientemente de la responsabilidad del médico, existe la obligación también directa de la entidad hospitalaria o sanatorial de prestar asistencia médica, la cual lleva implícita una obligación tácita de seguridad de carácter general y accesorio en ciertos contratos que requiera la preservación de las personas de los contratantes, contra los daños que puedan originarse en la ejecución del contrato. Cuando la entidad se obliga a la prestación de servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste sino también de que se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida (Jorge H. Bustamante Alsina, "Responsabilidad Profesional del Médico por el hecho ajeno", E.D., T° 152, pág. 880).- 6-4) Con relación a la conducta tenida por la Dra. Ursula Nieves Mamone, y la relación causal con el daño padecido por la accionante, recuerdo que la responsabilidad profesional es aquella en la que incurre el que ejerce una profesión, al faltar a los deberes especiales que ésta le impone y requiere, por lo tanto, para su configuración, los mismos elementos comunes a cualquier responsabilidad civil. Ello quiere decir que cuando el profesional médico incurre en omisión de las diligencias correspondientes a la naturaleza de su prestación asistencial, ya sea por impericia,

imprudencia o negligencia, falta a su obligación y se coloca en la posición de deudor culpable (art. 512 Cod. Civil; SCBA Ac. 45177 del 30-4-91; Ac. 44440 del 22-12-92; Ac. 50801 del 21-12-93; Ac. 55133 del 22-8-95; Ac. 56949 del 9-4-96; Ac. 59937 del 25-11-97; Ac. 62097 del 10-3-98; Ac. 65802 del 13-4-99; Ac. 71581 del 8-3-00).- Pero al respecto, se ha exigido la acreditación de manera concluyente, de la existencia de tal accionar negligente, imprudente o con impericia del o de los médicos intervinientes (CALZ Sala I, Reg. Sent. Def. 323/93, 258/91).- No obstante, tiene dicho la Suprema Corte de Justicia que en materia de prueba la obligación de rendirla no depende de la función de actor o demandado, sino de la situación que cada uno adquiere en el proceso de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, incumbiéndole, en consecuencia, a la parte que quiere modificar el estado normal de las cosas o la posición adquirida por la otra parte en la litis, por lo que cada parte debe probar sus afirmaciones (art. 375 Cód. Proc.; Conf. S.C.B.A. Ac. 66.276 del 12-5-98, Diario "El Derecho" del 27-4-99, fallo 49.188).- He de considerar que por natural derivación del principio de adquisición procesal, al juez le es indiferente establecer a cuál de los litigantes correspondía probar, siempre que los hechos esenciales de la causa queden probados. Contrariamente, ante la insuficiencia o ausencia de evidencias es necesario recurrir a los principios que ordenan la carga de la prueba y fallar responsabilizando a la parte que, debiendo justificar sus afirmaciones, no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos (arg. art. 375 Cód. Proc.; CFed. San Martín, 5-3-90, LL, 1990-E-453, cita de Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado", Tº II, pág. 302).- El Dr. Héctor M. Di Tella, en un voto docente (in re, CNCom., sala C, mayo 26 de 1995, autos: "Bellini, Gabriel y otro c/Lee, José Luis s/Ordinario", publicado en "El Derecho", fallo 46.830, Tº 165, pág. 404, comentado por Fernando H. Payá) tuvo oportunidad de expresar que si se considera que la carga de la prueba debe repartirse entre los litigantes con el fin de producir convicción en el magistrado de la verdad de lo que dicen, ninguna regla jurídica ni lógica relevará a la parte de realizar la prueba de sus negaciones. Los hechos negativos, tanto como los expresados en forma afirmativa son objeto de prueba. Puesto que las proposiciones negativas, son comunmente la inversión de una proposición afirmativa, no puede quedar sujeta a la incertidumbre la suerte de la carga de la prueba toda vez que admitir lo contrario sería entregar a la voluntad de la parte y no a la ley la distribución de este aspecto tan importante de la actividad procesal.- En principio la doctrina coincide en que la prueba de la relación de causa efecto incumbe a la víctima que sostiene la pretensión, quien habrá de demostrar siempre la conexión entre el hecho y un cierto resultado, razón por la cual la causalidad no es presunta.- Sin embargo, considero de total aplicación una doctrina que comparto, que por lo demás tiene suficiente sustento jurisprudencial (Conf. CNCiv., Sala D, mayo 24 de 1990, "Calceterra, Ruben y otra c/Municipalidad de Buenos Aires", La Ley, Tº 1991-D-466), aplicándose lo que una nueva corriente de distinguidos procesalistas ha denominado como la doctrina del "favor probationis" o de las "cargas probatorias dinámicas" que se inclina por poner la carga de la prueba de la inculpabilidad sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo.- Con relación al tema el Dr. Augusto M. Morello nos enseña que de la actividad probatoria de las partes en el proceso se deben extraer las mejores conclusiones, mediante, fundamentalmente, una gestión solidaria. Con ello se tiende a solidificar en cuestiones complejas o arduas, que quien se encuentre en mejores posiciones, ya sea por sus condiciones personales, experiencia, circunstancias de lugar y modo, trama del acto, estado de ánimo, etc., sea el factor activo y quien aporte la prueba correspondiente. El deber de colaboración hacia el órgano coloca de manera singular la carga de probar (Morello, Augusto M., "En torno de la Prueba", La Ley 1990-E-1071).-

Con ello quiero significar que no obstante los elementos colectados y provocados por la acción probatoria de la actora, la demandada debió aportar elementos convincentes suficientes y necesarios para demostrar su exculpación en el acontecer del evento dañoso, circunstancia que no advertí luego de examinar conforme la sana crítica todas las actuaciones.- 6-5) Establecidas estas conclusiones, corresponde merituar la prueba rendida en autos, que en mi concepto, analizada toda ella conforme las reglas de la sana crítica y la íntima convicción (art. 384 Cód. Proc.).- 6-6) En cuestiones eminentemente técnicas, como indudablemente se dirimen en este rubro, la prueba pericial adquiere especial relevancia y preeminencia, si bien la misma, en su contenido y conclusiones carece de fuerza vinculante para el Magistrado, como que su seguimiento o apartamiento no depende de la actitud del justiciable de observar el dictamen o la falta de ello, sino del grado de convicción que tal elemento acreditatorio (sic) produzca en el ánimo del juez, en sustento de la aplicación y experiencia (sana crítica) del adecuado procedimiento para la realización y producción de tal medio. Los profesionales brindan valores que deben ser ponderados para asumir la decisión, dando pautas que, aún de orden matemático como los porcentuales, configuran parámetros y no autorizan resolver la cuestión de manera arbitraria ni discrecional (doct. art. 384, 473, 474 CPCC; CALZ Sala I Reg. Sent. Def. 373/95, 5/97, 151/97, 255/97, 91/97 entre muchos otros).- Es principio recibido que el dictamen pericial es un juicio de valor sobre cuestiones de hecho, respecto de los cuales se requieren conocimientos especiales, lo que impide al juez poder dejarlo de lado, sin fundamentar su causa de manera terminante y concluyente. El dictamen pericial forma convicción en el sentido que los pasos seguidos por los profesionales e integrantes del Sanatorio fueron los habituales, y si se ha aportado prueba suficiente de la existencia de nexo causal entre la acción u omisión de la profesional médica y las consecuencias dañosas invocadas.- Y bien, del dictamen pericial médico obrante a fs. 454/462 (complementado a fs. 519 a través del informe histopatológico de fs. 516), y de la contestación al pedido de explicaciones (fs. 519, 538, 542), surgen las consideraciones el señor juez "a quo" para dictar su justo pronunciamiento ahora cuestionado.- Del informe pericial y documentación complementaria se desprende, en cuanto al análisis de los hechos controvertidos, entre ellos la causa de la infección, las siguientes conclusiones: La paciente tiene dos cicatrices, una transversal sobre el pubis y otra mediana infraumbilical que llega hasta la incisión, verificando una gran queleide y deformación de la piel.- Los días de internación de una cesárea van de 3 a 6 días de acuerdo a la evolución del post-operatorio. La actora ingresó en la Clínica demandada el día 23-2-91 y reingresó el 28-2-91 en estado de shock, con taquicardia febril, con cuadro séptico, efectuándosele una ecografía y observando abundante líquido en cavidad abdominal e ileo (parálisis intestinal), realizándosele estudios prequirúrgicos.- El profesional no descarta la posibilidad de que la infección haya sido adquirida durante la práctica de la cesárea.- El día 28 de febrero de 1991, esto es, a dos días del alta otorgada a la primera internación de la actora, ésta presentó en la oportunidad de su reinternación, un cuadro de shock séptico (fs. 455 y vta.; 487/500).- A partir del informe histopatológico, el cuadro corresponde a un proceso infeccioso agudo por ingreso de gérmenes al endometrio y a la herida quirúrgica (fs. 516, 519):- No descarta como factor de complicación del hecho quirúrgico y derivado en un proceso necrótico hemorrágico mural en la zona íntima se deba, entre otros, a la posibilidad de infección debida al instrumental mal esterilizado.- No existen del informe de la pieza (útero) restos placentarios u oblitos, por lo cual afirma el profesional que la infección se debió a una causa diversa a restos u oblitos, y que el cuadro descrito corresponde a un proceso infeccioso agudo, por ingreso de gérmenes al endometrio y a la herida quirúrgica, que por múltiples vías, sin poder

determinar cuál, aunque la más frecuente - agrega - es el ascenso de gérmenes por la vía ascendente (fs. 516, 519, art. 474, 473 CPC) 6-7) Es verdad que la ausencia de la Historia Clínica de la primera internación de la actora dificulta la acreditación acerca de la necesidad de practicar la cesárea, así como la pertinencia del alta médica, cómo ingresaron los gérmenes que determinaron la infección y provocaron el cuadro de shock séptico, con las consecuencias dañosas que se describen en autos Sin embargo, tal como quedó arriba dicho, y en coincidencia con el Sr. Magistrado, en supuestos de responsabilidad médica como en la especie, no se puede exigir una prueba diabólica para demostrar el hecho en conexión con el daño, sino que se debe hacer un juicio de probabilidad que determine la el nexo de relación causal adecuada con el acto ilícito según el orden ordinario y natural de las cosas (doct. art. 901 Cod. Civil).- Asimismo, considero de total aplicación al sub lite la actualmente dominante doctrina llamada de la "causalidad adecuada", expresando que el daño puede ser producido por una sucesión de actos u omisiones conexos entre sí y dependientes de aquél que constituye la causa primera.- Por lo demás, esta Sala ha sostenido la necesidad de aplicar -a casos como el presente- esa denominada doctrina del grado de certeza acerca de la verdad. El mencionado criterio, se basa en sostener que en los supuestos de insuficiencias de pruebas, o de existencia de pruebas contradictorias, referidas a una cuestión esencial, no es la certeza absoluta la que ha de buscarse, sino la certeza moral que es el estado de ánimo que lleva al juzgador, al convencimiento de que los hechos ocurrieron de una determinada manera (esta Sala, Causa 44.741 del 5-6-97, R.S.D. n° 140; 47.407 del 30-3-2000, R.S.D. 92, entre otras).- 6-10) Analizados y merituados los hechos que dieron motivo a la presente litis, conforme las reglas de la sana crítica y las doctrinas expuestas, así como el plexo probatorio obrante en la causa, entiendo - en coincidencia con el el Sr. Magistrado de origen -, que se ha formado un núcleo convictivo elemental a favor de tener por acreditado la relación de causalidad adecuada entre la secuela dañosa que padece la actora y el obrar negligente o mala praxis por parte de la Dra. Ursula Nieves Mamone. En consecuencia, existen elementos de juicio que permiten encontrar reprochabilidad en la conducta de la citada profesional (arts. 375, 474, 384 CPCC; doctrina y jurisprud. citadas).- A su vez, se atribuye responsabilidad a la Clínica 25 de Mayo S.A., por haber incurrido en omisión en el cumplimiento del deber de diligencia y vigilancia, así como de su obligación tácita de seguridad.- Confírmase así el decisorio apelado en este aspecto.- 7) Responsabilidad de OSECAC

- CApel.CC Mercedes, Sala I, 09/11/2006. - P., E. B. c. Clínica San Fernando SRL, s/ daños y perjuicios: EDDigital 45577, 2008: 10 - La historia clínica no es el simple relato, la decisión de una enfermedad aislada; comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar el enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio; debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada. Y su confección incompleta constituye presunción en contra de la pretensión eximitoria del profesional.

11 - La historia clínica debe servir de base para el juicio acabado sobre la enfermedad o problema que presentaba el paciente al ser atendido, su evolución y resultado hasta el alta, con explicitación del tratamiento y su seguimiento. Si el médico se ha limitado a asentar en ella la atención del paciente, se sustrae a la norma que le impone obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, conforme art. 902, C.C.

12 - Si no se lleva conforme se debe la historia clínica, por la propia abstención del médico tratante, se priva de los elementos necesarios para apreciar si la técnica aplicada fue correcta o no; es decir, no en cuanto al mérito de su elección, sino en su efectivo

ejercicio al materializarse la práctica terapéutica. Admitir esas falencias conllevaría tolerar la impunidad, al tornar imposible la prueba de la mala praxis.

13 - Frente a la inexistencia o serias deficiencias de la historia clínica, cobra especial significación la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas que interpreta que el onus probandi debe desplazarse pendularmente de actor a demandado y viceversa, ajustándose a las circunstancias del caso. Sin embargo, en materia de responsabilidad médica, hace recaer invariablemente la carga probatoria en la persona del profesional, por el simple expediente de revestir la condición de experto.

14 - El criterio adecuado para apreciar la responsabilidad de los facultativos, no se limita a supuestos de culpa grave o inexcusable. Y es que, pese a la circunspección con que debe juzgarse la conducta de los profesionales para ponerlos a cubierto de la proliferación de posibles demandas temerarias, quien ejerce tal ministerio se halla moralmente obligado a agotar todas las precauciones en resguardo de la salud del paciente.

15 - El criterio de culpa se sustenta en la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales, ya que se configura cuando no se ha previsto lo que era previsible o, cuando previsto, no se han adoptado las medidas necesarias para impedir el daño o se ha afrontado voluntariamente la posibilidad de que éste se produzca.

16 - La causalidad adecuada no requiere la fatalidad o necesidad en la imputación de las consecuencias al hecho, aún cuando tampoco se satisface con la mera posibilidad o eventualidad de que éste las haya generado. Por ende, a tal fin no es necesaria una certeza absoluta sino una seria probabilidad que supere el nivel conjetural.

GONZÁLEZ Roberto Oscar c/ F.L.E.N.I. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:CORTELEZZI, DÍAZ SOLIMINE, ÁLVAREZ JULIÁ. - Sala C. - Fecha: 08/02/2007 - Nro. Exp.: L.454914 La historia clínica constituye la información detallada por escrito de todo el proceso médico del paciente por días y horas, consignando estudios realizados, medicación administrada, evolución, etc. Debe confeccionarse sin enmendaduras y con la firma y sello del profesional que realiza el control. Iguales características deben tener la epicrisis, hoja no foliada que registra los datos básicos de la atención dada al enfermo, así como la historia clínica de pacientes ambulatorios, los que son habitualmente atendidos en consultorios externos. Sirven estos elementos para probar tanto la relación contractual médico paciente, como para analizar la posible culpabilidad del obrar del enfermo. (Sumario N°17331 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°9/2007).

C. F.I. y otro c/ HOSPITAL GRAL. DE AGUDOS JUAN FERNÁNDEZ s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:DIAZ DE VIVAR, DE LOS SANTOS, PONCE. - Sala M. - Fecha: 07/03/2007 - Nro. Exp.: L.444608

Los médicos que atendieron a una embarazada con antecedentes que la colocaban en el grupo de riesgo de contraer HIV debieron solicitar el examen para detectar esta enfermedad durante la gestación, suministrar a la paciente la información necesaria sobre el peligro de contagio vertical para su futuro hijo y asentar todo lo actuado en la historia clínica, como también, luego del nacimiento, indicar la inmediata suspensión de la lactancia. Estas omisiones configuran una falta que patentiza la responsabilidad médica y, por ende, la obligación de responder del establecimiento médico, dado que por las características del caso existía para los profesionales un mayor deber de obrar

con cautela y pleno conocimiento de las cosas. 2- Sin embargo, al no ser el accionar médico el hecho productor del contagio del recién nacido con el virus de HIV -ocurrido durante el embarazo, el parto o la lactancia- sino que su causa radicó en la circunstancia que su madre era seropositiva sin tratamiento adecuado como para quedar englobado en un porcentaje menor de transmisión, esta conducta debe evaluarse como concausa de lo ocurrido y atribuirse la responsabilidad en un ochenta por ciento a los progenitores y en un veinte por ciento al hospital. Es que no obstante la responsabilidad médica y aun cuando la madre no podía ser obligada a realizarse estudios diagnósticos prenatales, su comportamiento -negligente- vinculado al incumplimiento de las recomendaciones médicas y sus omisiones en concurrir a controles para el seguimiento del embarazo, coadyuvaron causalmente al contagio de la criatura. 3- Ante las características de la madre correspondía al establecimiento asistencial llevar al sentenciante a la convicción plena de que no pudo evitar la conducta irregular de la paciente o sus abandonos, máxime cuando no trajo a declarar a los médicos, desistió de la absolución de posiciones, es decir, no desplegó la adecuada actividad probatoria como para exonerarse totalmente. (Sumario N°17379 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°13/2007).

DEGLEUE Cynthia Lorena c/ T. A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:AREÁN, BELLUCCI, CARRANZA CASARES. - Sala G. - Fecha: 13/03/2007 - Nro. Exp.: L.468861 La ficha odontológica consiste en un formulario preimpreso especialmente diseñado, con variados diagramas de las piezas dentarias, destinado fundamentalmente a registrar caries, prótesis y otras lesiones. Sin embargo este registro es insuficiente para volcar toda la información obtenida, sobre todo para las especialidades. Se requiere, además, una ficha clínica que incluya todos los elementos que integran el estudio del enfermo, como la información recabada, radiografías, estudios de laboratorio, histopatológicos, etc. Esta última se equipara a una verdadera historia clínica adaptada a las características del restringido y peculiar ámbito que debe reflejar. Por lo tanto, ante deficiencias en su confección se presume la responsabilidad del odontólogo, mediante la aplicación analógica de los principios que rigen la responsabilidad profesional de los médicos. (Sumario N°17386 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°12/2007).

ROBIN Elisa Susana c/ ARENDAR Alberto s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - N° Sent.: Fallo completo publicado en: elDial.com del 23/04/2007. Microjuris.com cita: MJJ10610.- Magistrados:DÍAZ, HERNÁNDEZ, AMEAL. - Sala K. - Fecha: 22/03/2007 - Nro. Exp.: L.157759 Los enfermeros que prestan importantes servicios a los médicos, dada la instrucción técnica que reciben, se hallan habilitados para apreciar motu proprio aquellas circunstancias elementales de atención a los pacientes de rigurosa y cuidadosa observancia. De ahí que, si un enfermero es agredido y lesionado por un paciente que padecía demencia senil, patología que constaba en la historia clínica y en la hoja de enfermería -en la que además se consignó su falta de respuesta a órdenes simples-, el incapaz no resulta responsable del evento acaecido tanto por la falta de diligencia del profesional en la ocupación que le era propia cuanto por el estado del paciente a la época del hecho -hecho concretado sin discernimiento (arts. 897, 900 y 1076 del Código Civil)-. (Sumario N°17452 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°14/2007).

Autos: KECHICHIAN Gustavo Roberto c/ MAIGNON Gastón s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - Nº Sent.: microjuris.com - Cita: MJJ14378.- Magistrados:DE LOS SANTOS, PONCE, DIAZ DE VIVAR. - Sala M. - Fecha: 17/07/2007 - Nro. Exp.: L. 14378. La vinculación entre médicos y pacientes, en la mayoría de los casos, se considera como de medios, consistente en brindar una atención diligente, e idónea al enfermo sobre la base de las reglas del arte de la medicina y su evolución, conforme a los principios científicos que el título presupone, en procura de una curación, pero sin asegurarla. No lograrlo no implica necesariamente la responsabilidad del médico, sino que quién pretenda la reparación debe probar que ese resultado obedeció a que el profesional no se condujo con la medida, diligencia e idoneidad debidas, o si se prefiere, que medió un comportamiento defectuoso de su parte, es decir que obró con culpa. 2- Siendo de fundamental importancia la prueba pericial, las objeciones del consultor médico designado por el accionante no resultan suficientes para desvirtuar la fuerza probatoria de los dictámenes de oficio, que gozan de mayor objetividad e imparcialidad, además de contar con fundamentos científicos concretos y debidamente especificados. 3- Ante la discrepancia entre el criterio del perito oficial y un consultor, ha de prevalecer en principio el del primero pues las garantías que rodean a su designación hacen presumir su imparcialidad y consecuente mayor atendibilidad, porque no puede olvidarse que en definitiva el consultor es un auxiliar de las partes, un defensor de los intereses de quien lo propuso, a favor de quién aplica su ciencia y experiencia. 4- Una omisión en una historia clínica no basta para imputar responsabilidad por mala praxis pues para ello es necesario acreditar que esa omisión condujo a un tratamiento incorrecto por el cual se produjo el daño, vale decir, hay que probar la relación de causalidad entre esa omisión médica y el daño, presupuestos básicos de la responsabilidad civil. (Sumario N°18166 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

No obstante que en la historia clínica del paciente no consten las lesiones concomitantes a una fractura de escafoides por la que fue atendido (rotación palmar de escafoides, una subluxación y un desplazamiento del semilunar), si el propio paciente admitió que el médico tratante advirtió la alteración del semilunar, no omitió valorarla y lo relevante para considerar si hubo o no una mala práctica médica es que el médico haya tenido en cuenta todos los elementos a su alcance para prescribir un tratamiento. Máxime cuando el Cuerpo Médico Forense dictaminó que el tratamiento suministrado fue correcto y que asentar o no este tipo de lesión no lo hubiese variado. 2- Pero aun cuando el médico no advirtiese las complicaciones, la simple omisión de ellas en la historia clínica es insuficiente para imputarle responsabilidad por mala praxis, si no se acreditó que de ello se derivó un tratamiento incorrecto por el que se produjo un daño. Es decir que el paciente debe acreditar la relación de causalidad entre la omisión médica y el daño. (Sumario N°18165 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

BENÍTEZ DE GARCÍA Miriam y otro c/ SANATORIO AGOTE y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:CALATAYUD, DUPUIS, RACIMO. - Sala E. - Fecha: 31/03/2008 - Nro. Exp.: L.492172 Si antes de producirse el parto aparecieron signos sospechosos de sufrimiento fetal -rotura espontánea de membranas, líquido amniótico con características meconiales y sanguinolentas- que debieron ser atendidos con rigor profesional extremando los controles y que contribuyeron al accidente neurológico que produjo en el recién nacido un cuadro de parálisis cerebral originada en la anoxia o

hipoxia (mala oxigenación), debe responsabilizarse al médico que lo atendió en su nacimiento y a la obra social. 2- Ello, aunque de la historia clínica obstétrica no surjan los signos de alarma descriptos -sí resultan de la neonatal-, pues la falta de datos en esta documentación o la sospecha de que han sido confeccionadas "ex post facto" y en miras al eventual juicio posterior constituye una violación al deber de colaboración procesal y conduce a un análisis desfavorable de la conducta del demandado, vale decir, representa una presunción en contra del profesional. (Sumario N°17920 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N°3/2008).

FERRO José Pedro c/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:DÍAZ, HERNÁNDEZ, AMEAL. - Sala K. - Fecha: 29/08/2008 - Nro. Exp.: K090241 La historia clínica tiene por finalidad registrar las particularidades individuales del caso, ya sean diagnósticos, pronósticos y terapéuticos, registra caminos ciertos y caminos equivocados. Debe tener comentarios, reflexiones interpretativas y no sólo de descripción. La historia clínica no es un instrumento público, sino privado, por lo que no hay que redargüirla de falsedad. Una manifestación del personal respecto a lo ocurrido en la hoja de la enfermería, no es constancia que permita tener pro acreditado el hecho tal como se lo expone, máxime cuando dicha persona no ha sido ofrecida como testigo por la demandada en el juicio. (Sumario N°18423 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

- CApel.CC Mercedes, Sala III, 29/12/2009. - C, M A c. Clínica Privada y Alcorta SA y otro s/daños y perjuicios:

11 - EN el caso de autos se encuentra configurado lo que se denomina el " plus causal" que la actuación médica agrega, configurado a partir de la omisión de las diligencias exigibles de acuerdo con las circunstancias, y en los cuidados usuales postoperatorios durante el lapso ulterior a la intervención tendientes prevenir un cuadro infeccioso o una posible evolución anormal de la misma. Máxime teniendo en cuenta que el profesional conocía la existencia de un proceso patológico previo y ello implicaba el consiguiente deber de mayor atención en la prevención y control de los riesgos quirúrgicos

4-9.-La historia clínica número 28595 que adolece, tal como lo expresa el perito, de importantes omisiones, las que anticipo guardan relación de causalidad con el daño sufrido, no refleja otro diagnóstico presuntivo distinto que el de " lipoma gigante". Asimismo, ningún otro pasaje de dicha pieza contiene alguna referencia o algún comentario de los antecedentes clínicos y quirúrgicos del actor, ni tampoco del criterio para asegurar que se trataba de un lipoma gigante de muslo, ni de la decisión de operar con el antecedente de extirpación testicular e irradiación inguinal. Sí se observa una anotación fechada el 6 de noviembre de 2000 en la que aparece un estudio testicular que jamás fue ordenado ni practicado (v- que no existen constancias de tal estudio). No es ocioso destacar -aunque no pueda aplicarse al sublite por lógicas razones temporales- que la recientemente sancionada ley Nro. 26.529 (Octubre 21 de 2009 y promulgada de hecho en noviembre 19 de 2009) define a la historia clínica como el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente, quien es su titular (art 14) por profesionales y auxiliares de la salud (art 12). Se determina asimismo la obligatoriedad de asentar en ella registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes (art. 15 inciso d); y los antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere (inciso e). Además se impone la registración de todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su

caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas (inciso f). Los requisitos para que la historia clínica tenga validez como expediente médico establecido por el Código de Ética Médica de la Asociación Médica Argentina son: confidencialidad, disponibilidad, que sea única, legible, propiedad y pertenencia (Giménez, Dolores -especialista en Medicina Legal y Forense-, "La historia clínica: aspectos éticos y legales", Buenos Aires, 1998, ps. 34-36., cit. en Derecho a la salud: la Declaración Vital de Voluntad. Segunda parte: historia clínica, Bioética y eutanasia Agustini, Marcela ARDLSS 2009-21-1900).- 4-9.-La planilla de consentimiento informado (v. fs. 33 de la diligencia preliminar) solo observa registrado el nombre y apellido del paciente en el encabezamiento, pero no consta la fecha ni la firma, cuando en "prietas líneas" la doctrina del denominado consentimiento informado " apócope utilizada para expresar varias cosas a la vez " y contratacara o anverso del deber de información del médico, no solo promueve la autonomía individual, sino que también protege el "status" del paciente, incita al médico a la autocrítica, mejora la racionalidad de las decisiones y compromete a la sociedad en materia médica. Se sostiene que consentir no es simplemente aceptar someterse a un tratamiento, hay ingredientes fundamentales que deben conmensurarse: el entendimiento, la comprensión, la voluntariedad del acto (Highton-Wierzba "La relación médico paciente. El consentimiento informado. Pág. 39, 47), y la obligación del médico de informar sobre la conveniencia de la operación o tratamiento, sus riesgos, y la ulterior respuesta del paciente que otorga su asentimiento (Sanchez Gomez, "Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios" , p. 51 y sigtes.).- Es unánime en la doctrina y la jurisprudencia la consideración de que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente, y ello no solo basándose en la previsión legal " ad hoc " , sino también en su situación de primacía (arg. art. 902 del C.Civ.). Obsérvese que la ley citada en párrafos anteriores concibe el consentimiento informado como aquella la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a su estado de salud, el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; los beneficios esperados del procedimiento; los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto y las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados (art. 5). Asimismo establece que toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente (art 6), y será verbal con algunas excepciones, en los que será escrito y debidamente suscripto: En el catálogo de las excepciones se encuentra la intervención quirúrgica (inciso b).-

CORIGLIANO Teresa Isabel c/ INSTITUTO PRIVADO DE NUTRICIÓN Y METABOLISMO S.A. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:WILDE, VERON. - Sala J. - Fecha: 18/06/2009 - Nro. Exp.: J488605 La empresa que presta servicios de medicina estética es responsable por las reacciones alérgicas que sufrió una paciente debido al tratamiento instituido mediante el uso de pomadas y geles aplicados para "modelar su silueta" y que no estaban autorizadas administrativamente al momento de su utilización. No se puede estimar que esos productos se ajustaran a los principios científicos si se ignoraba su composición cuando se administraron y la falta de

autorización administrativa guarda relación con el daño producido si se continuó en forma imprudente con su aplicación durante varios meses luego de la aparición de la sintomatología alérgica. 2- Es que si bien en las prácticas médicas el riesgo está ínsito en ellas y es razonable que sea el enfermo el que asuma los inevitables, cuando se trata de riesgos no informados al paciente o de aquellos incrementados innecesariamente por el médico la solución es la contraria, situación que se agrava cuando la historia clínica es llevada en forma desprolija y sus constancias no permiten seguir la evolución con claridad. (Sumario N°19367 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

OREJÓN Elvira c/ TRANSPORTES METROPOLITANOS GENERAL SAN MARTÍN y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:ABREUT DE BEGHER, MAYO, KIPER. - Sala H. - Fecha: 23/02/2010 - Nro. Exp.: H539353 - La relación médico paciente es una obligación de medios, y no de resultado. El galeno pone todo su conocimiento médico científico para tratar al paciente y lograr su curación, o tal vez su mejoría. De ahí que si la prestación médica suministrada por medio de una terapia medicamentosa, en ese momento novedosa, tuvo éxito -aun cuando hipotéticamente podría haber producido efectos colaterales adversos-, lo cierto es que al cumplirse cometido, pone de relieve que los galenos pusieron de sí su mejor predisposición y conocimiento de su ciencia para mejorar y tratar de curar la dolencia. 2- La omisión en anotar en forma prolija la historia clínica no deriva en una responsabilidad médica, por cuanto si bien genera una presunción en su contra, cabe descartarla si no está corroborada por otras probanzas igualmente idóneas. 3- Aun cuando no estuviera vigente la ley 26.529, sobre consentimiento informado, si al momento del hecho, el actor aceptó y hasta exigió la terapia dispuesta por el equipo médico del Hospital y sabía de sus posibles consecuencias adversas, cabe tener por consentido el tratamiento suministrado. (Sumario N°20002 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

G.A.M.D.L.N. c/ INSTITUTO FRENOPÁTICO S.A. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS. - N° Sent.: microjuris.com - Cita: MJJ57001.- Magistrados:RACIMO, DUPUIS, CALATAYUD. - Sala E. - Fecha: 26/04/2010 - Nro. Exp.: E057001 Cuando la historia clínica revela que el paciente permaneció sin diagnóstico riguroso como también la falta de prescripción médica de reposo y ante la omisión de informar al paciente o familiares respecto a las medidas necesarias para el tratamiento de la fractura de pelvis, la relación causal existe ante la omisión por falta de aplicación del tratamiento adecuado que priva al enfermo de la posibilidad de curación. Así, es que también cabe hacer extensiva la responsabilidad al personal del servicio médico que atendió al paciente, más allá de la que le cabe al nosocomio por la caída sufrida durante la internación por el deber de seguridad que incumbe al establecimiento. (Sumario N°20243 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

V. P.A. c/ F. S.M. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:MAYO, ABREUT DE BEGHER, KIPER. - Sala H. - Fecha: 15/07/2010 - Nro. Exp.: H540643 La ausencia de ficha médica o historia clínica que determine el procedimiento seguido en el

tratamiento de conducto que se le realizó al actor y el motivo por el que se fracturó el material de endodoncia utilizado (lima) constituye una presunción en contra del galeno si no fue desvirtuada por prueba alguna. 2- En consecuencia, al guardar el resultado dañoso -pérdida de una pieza dental- evidente nexo de causalidad con el acto médico culposo corresponde responsabilizar al endodoncista y no es obstáculo para ello la circunstancia de que el tratamiento fue efectuado por una persona distinta a él, en tanto se trataba de un dependiente o de quien formaba parte de su equipo. (Sumario N°20381 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2011).

M. M.N. c/ SWISS MEDICAL S.A. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:HERNANDEZ, AMEAL. - Sala K. - Fecha: 26/08/2010 - Nro. Exp.: K097391 El incumplimiento del odontólogo al omitir volcar un contenido relevante en la historia clínica determina que pese sobre él la carga de la prueba del consentimiento informado dado al paciente, respecto de los riesgos de la intervención quirúrgica que le realizó (extracción de un molar). Pues en caso contrario se haría cargar al paciente con una prueba negativa de imposible producción. (Sumario N°20424 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2011). Ante la omisión de elementos probatorios en la historia clínica (falta en la ficha odontológica de las maniobras efectuadas en la exodoncia de la pieza dental, de los trastornos presentados en el pos-operatorio y de las medidas para paliar dolores y molestias sufridos por el paciente) y la presunción que de ello deriva en contra de la buena práctica médica, las lesiones padecidas por el paciente en la etapa posterior a la intervención quirúrgica de un molar (afectación del nervio lingual) y las secuelas actuales, debe responsabilizarse al odontólogo por la mala praxis en que incurrió. (Sumario N°20423 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2011).

Genaro c/ INSTITUTO DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:AMEAL, HERNÁNDEZ. - Sala K. - Fecha: 20/09/2010 - Nro. Exp.: K107513 1- La responsabilidad profesional solo aparece si puede establecerse la conexión causal adecuada entre una acción u omisión y el daño, este debe haber sido causado u ocasionado por aquella. 2- Desde esta perspectiva corresponde rechazar la demanda por daños y perjuicios derivados de la atención médica e intervención quirúrgica que concluyó con una amputación del miembro inferior derecho, cuando no se probó la relación de causalidad entre los daños psicofísicos padecidos, ni la pérdida de una chance cierta de curación, ni el posterior fallecimiento del paciente con la actuación profesional de los accionados. 3- Pese al desorden cronológico y partes ilegibles de la historia clínica, estas irregularidades no llegan a constituir una prueba en contra de la actuación de los médicos, en tanto en la pericia se estableció que actuaron en forma adecuada y que las indicaciones terapéuticas fueron acordes a pautas científicas. (Sumario N°20174 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

ECHENIQUE Silva Beatriz c/ PARDAL Carlos y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS.- Magistrados:AMEAL, HERNÁNDEZ. - Sala K. - Fecha: 24/09/2010 - Nro. Exp.: K037715 1- La omisión en describir con exactitud las maniobras quirúrgicas en una craneotomía no autorizan por si solas a concluir que no se efectuaron según las reglas del arte, cuando los pasos que se describen están acompañados por procedimientos y técnicas estándar para diversas circunstancias cualquiera sea la zona cerebral que se intervenga. 2- Si a la época de efectuarse una neurocirugía existía una única opción técnica y científicamente válida para la preservación de la vida que sólo agregaba el

riesgo de esa práctica inevitable para salvar al paciente, no puede reprocharse al médico que sólo detalle en la historia clínica los pasos básicos y necesarios para el abordaje quirúrgico. 3- Aunque no conste en la historia clínica el tipo de clip utilizado para tratar el aneurisma con hemorragia subaracnoidea, no se modifica la evolución y el resultado de este tratamiento de haberse implantado uno de material (no ferromagnético) compatible con la resonancia magnética pero que se comercializaron con posterioridad a la cirugía. Ello en tanto si se sospecha una recidiva de la dolencia se evalúa mediante arteriografía y si es otra la patología hay otros estudios sumamente precisos fuera de la resonancia, estudio contraindicado cuando hay implante de clips ferromagnéticos. (Sumario N°20154 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

- CNCiv., Sala G, 05/10/2010. - A, D.E. c. B., R. A. y otro s/daños y perjuicios, EDDigital (61289) [Publicado en 2011] 9 - La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño. Es que las ausencias, omisiones o pérdida de las constancias existentes en la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica y no al paciente en atención a la situación de inferioridad en que se encuentra.

10 - Las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas que presente la historia clínica de un paciente dan lugar a presunciones "hominis" desfavorables al galeno, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la que debe apreciarse con criterio riguroso, toda vez que la omisión de la historia clínica o su imperfecta redacción privan al paciente de un crucial elemento de juicio para determinar la culpa imputable al médico. Omitir asientos en la historia clínica origina presunciones hominis desfavorables al médico demandado por mala praxis, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, prueba que debe ser apreciada con criterio riguroso, por cuanto la historia clínica es la prueba por antonomasia en los juicios en los que se persigue descubrir la mala praxis de un profesional de la medicina, ya que de ella podrá surgir o no la relación de causalidad entre el hecho y el daño que se causa al paciente.

11 - La historia clínica es un elemento útil para juzgar la conducta de los profesionales de la medicina, pues su valor probatorio se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos conforme a estándares -como adecuados, exhaustivos, inadecuados, insuficientes- y coopera para establecer la relación de causalidad entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente. La incompleta confección de la historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar prueba en contrario para exculpar su responsabilidad.

12 - La deficiencia de la historia clínica comporta una presunción clara en contra del médico que tiene la obligación de confeccionarla, dado que dicha falta, de por sí, implica una omisión de la conducta debida de acuerdo a la naturaleza de la obligación asumida, que configura culpa en los términos prescriptos por el art. 512 del Cód. Civil. Es bien conocida la trascendencia que reviste la historia clínica como prueba primordial en los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. La historia clínica consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales, familiares, como actuales relativos a un enfermo, que sirve de

base para el juicio acabado de la enfermedad actual. De modo que, por definición, debe ser completa, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos, a la par que demuestra una correcta asistencia facultativa.

13 - Los jueces han de ser los encargados de determinar si el daño obedece a la conducta culpable del demandado, pero dicha prueba depende básicamente del actor. Las cuestiones de naturaleza técnica no son obstáculo para que el pretensor tenga por lo común de su lado el "onus probandi" enderezado a demostrar los extremos que le son favorables (la actividad probatoria se materializará por medio de peritaciones médicas, historia clínica, declaraciones testimoniales de personal médico y paramédico, informes a entidades científicas, etcétera). Mas ocurre que no sólo debe probarse la culpa, sino también la relación de causalidad, pues no puede imputarse fácticamente a un médico un daño cuya causalidad no está debidamente demostrada.

14 - En materia de responsabilidad médica, resulta fundamental la prueba de la culpa o negligencia del profesional, que a su vez generará la del establecimiento asistencial. Aquél, a su vez, podrá excusarla demostrando la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero o el caso fortuito e inclusive, la mera inexistencia de negligencia de su parte, o prueba de su no culpa. La culpa comprende tres fases: la negligencia, la imprudencia y la impericia. La primera supone una conducta omisiva, el no tomar las debidas precauciones en un evento cualquiera. La segunda consiste en una acción de la que había que abstenerse o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura. La tercera consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte.

15 - En nuestro sistema jurídico la culpa se aprecia en concreto, pero utilizando un tipo de comparación abstracto, que es elástico, fluido, adecuado a cada situación particular. Por lo tanto, en el sistema del art. 512 del Código Civil el juez debe atenerse en principio a la naturaleza de la obligación o del hecho y a las circunstancias de personas, tiempo y lugar, considerando las condiciones personales del agente, al único efecto de hacer mérito a la mayor o menor previsibilidad del daño impuesto en el caso. La culpa de los médicos está gobernada por estas reglas, en relación con los arts. 902 y, en su caso, 909 del Código Civil. El actor debe probar entonces la falta de diligencia y prudencia del médico, la omisión de los cuidados y atención, la inobservancia de las reglas de la ciencia y del arte por ignorancia o torpeza y falta de previsión. (SG)

- CNCiv., Sala J, 09/11/2010. - S. P C A c. Instituto Callao y otros s/daños y perjuicios ED Digital (61249) [Publicado en 2011], declara desierto el recurso y establece, con relación a la responsabilidad del médico un criterio de "amplia tolerancia". Con respecto a la relación de causalidad: "11 - 12 - El vínculo de causalidad exige la concurrencia de una relación efectiva y adecuada entre una acción u omisión y el daño de que se trate. A tales efectos, se hace necesario realizar un juicio de probabilidad, determinando que el daño se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito; en otros términos, que la consecuencia dañosa es la que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas (art. 901 Cód. Civil). Exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño: éste debe haber sido causado y ocasionado por aquella (arts. 1068, 1074, 1109, 1111, 1113 y 1114 del CC.), y la determinación de la existencia de tal nexo causal constituye una cuestión de hecho que debe ser resuelta por los jueces, ameritándose las pruebas arrimadas.

12 - 13 - Las conclusiones del dictamen emitido por el experto, deben ser claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos.

13 - 14 - En algunas ocasiones, la causa del daño producido en la actividad profesional médica puede conocerse con certeza, aún sin pericia. Sin embargo, normalmente los juicios de mala praxis médica versan sobre aspectos científicos y técnicos sobre los cuales el juez no está en condiciones de opinar pues se trata de aplicar conocimientos ajenos a su saber. Por eso, hay acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que, como regla, resulta indispensable recurrir a la prueba de peritos, consecuentemente, se ha dicho que, "cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptar el dictamen, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales.

14 - 15 - La decisión del juez en torno a los hechos no puede fundarse más que en las pruebas que han sido adquiridas en el juicio: las pruebas, de hecho, son los únicos instrumentos de los que el juez puede servirse para "conocer", y por tanto para reconstruir de modo verídico los hechos de la causa.

15 - 16 - El sentenciante debe colocarse ex ante y no ex post facto: lo que debe tomarse en consideración no es un paciente dañado, tratando de reconstruir para atrás el iter de su evolución en forma inversa al acaecimiento de los hechos, sino que quien pretende formarse un juicio debe colocarse en el día y hora en que los profesionales debieron tomar una decisión, ver cuál era entonces el cuadro del enfermo, cuales eran los elementos con que contaban o podían contar los galenos; así, y salvo casos groseros, lo que se debe juzgar es si la acción que realizaron y la decisión que tomaron, estaba dentro de los cánones adecuados a lo que vieron, pudieron, o debieron percibir en ese momento.

16 - 9 - La culpa médica se percibe como consecuencia de la comparación habida entre la conducta seguida y la conducta debida, devenida de un profesional de similares habilidades, sin perjuicio de la necesaria flexibilización que debe darse a ese parámetro.

17 - 17 - La institución sólo puede ser responsable cuando haya incurrido en la omisión de prudencia y diligencia exigibles. MCC.-“

Propiedad de la historia clínica.

La naturaleza jurídica de la historia clínica ha sido una cuestión sumamente debatida, pues de su determinación derivan su eficacia jurídica, el acceso a sus datos y el poder de disposición de éstos, las garantías de la intimidad y del secreto profesional y los límites que por razones de interés público pueden oponerse a su observancia.

En la historia clínica confluyen derechos e intereses jurídicamente protegidos, del médico, del paciente, de la **institución sanitaria** e incluso públicos[39].

Las doctrinas sobre la propiedad de la historia clínica son muy variadas:

Propiedad del médico

Propiedad del paciente

Propiedad de la institución

Teorías integradoras

- Custodia

- Acceso

- Almacenamiento y conservación

La creación de este documento es: simultánea con la incorporación del paciente al centro médico. Debe posibilitar la identificación del paciente y el motivo de la consulta, así como la anotación periódica detallada de su evolución

Promedia entonces la contemporaneidad permanente de su llenado durante todo el tiempo que el paciente se atiende.

La evolución sobre el concepto de la función del médico, otorgándole mayor autonomía al paciente, implica un avance sobre la idea de propiedad de la historia clínica por tanto se desplaza la idea de quien es el propietario, ya no se considera tanto al médico como propietario de la historia clínica, sino que esta propiedad podría ser extensible al paciente en virtud del ejercicio de su derecho a informarse.

En tanto que documento y soporte material de los datos de la evolución del paciente, el principio es que la propiedad de la historia clínica es del establecimiento asistencial en el cual permanecerá archivada por el término de guarda.

En Argentina, los art. 111, 112 y 113 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina, señalan que los recursos donde que se confecciona el diagnóstico y se vierten los datos sobre el paciente pertenecerán al médico, quien tiene derecho a retenerlos. Esto en carácter de archivo científico y como comprobantes de su proceder (según el art. 111). No obstante, si el médico actuase como funcionario del estado o un establecimiento privado, la historia clínica será propiedad de quien la haya costado, y el médico podrá obtener copia de todo lo que en ella conste. (Art. 113).

Al parecer en la actualidad aún no se le reconoce a los pacientes el pleno derecho de propiedad sobre su historia clínica[40] sobre todo, por el conflicto que plantea en clara tensión con otro concepto, a mi juicio muy diferente de la propiedad de los datos vertidos en ella en relación al derecho a la salud, que no es otro que la cuestión de su propiedad intelectual del documento (contrariamente a lo que supondría o nos haría inferir el derecho a informarse del paciente).

El tema de la propiedad intelectual de la historia clínica es en mi opinión totalmente extra muros a la realidad de la salud del paciente y el poder de disposición sobre su información personal, ya que no es un mero objeto de estudio por la comunidad científica y, los frutos intelectuales de la relación médico paciente, tienen origen en éste último y sólo en él, como centro ontológico de la actividad hipocrática. En relación al paciente y por parte del facultativo o bien el centro asistencial, las pretensiones de apropiación de estos últimos de la documentación médica del paciente carece de todo fundamento. Si tal pretensión se lleva adelante, entra en franca tensión con el derecho a la salud, y lo llevaría más lejos en casos extremos, con el propio derecho a la vida y a la mejora de calidad de vida del paciente, por tanto, llevado a este extremo el tema alcanza paradójicas cuotas de inverosimilitud, porque como se nos ha enseñado, ante el conflicto de derechos la respuesta del ordenamiento no puede llevar a un resultado injusto en la ponderación de los mismos, y no parece de recibo hacer prevalecer el

derecho a la propiedad intelectual para la retención de información clínica por parte de los profesionales sanitarios, mientras peligra el derecho a la salud o a la vida de un paciente.

Las cuestiones sobre derechos de propiedad intelectual del médico en la creación del repertorio clínico del paciente, sólo resultarían fundadas a mi juicio frente al resto de los miembros de la propia comunidad científica y nunca frente al propio paciente, por el carácter sensible que conforma el mapa personal clínico, reflejo del sujeto y, por qué no decirlo de su misma dignidad.

Pero, si bien ninguna norma lo hace específico se reconoce a los establecimientos asistenciales el derecho a guardar las historias clínicas que correspondan a atenciones medicas efectuadas en su sede, lo que los constituyen en custodios de las mismas y no en propietarios. Custodios de estos documentos en función de la protección del derecho de información del paciente. En mi opinión los centros asistenciales, y los médicos mismos son frente al paciente, no así frente a la comunidad científica y profesional, meros depositarios del documento, del que están obligados a expedir, tantas copias como el paciente requiera.

Es así que la ley 17.132 en su art. 32 establece con relación al parte anestésico en particular que los hospitales y establecimientos asistenciales privados se encuentran obligados a custodiarlo y tendrán la carga de aportarlo al expediente, a fin de llegar a la verdad de los hechos (art. 388 Código Procesal). Ante la falta de tal elemento de prueba serán responsables de los daños que experimenten los actores.

A criterio de Ghersi, Blanco de Sanchis, Barros y Fuentes de Mayerhofer,[41], por los arts 2187[42], 2227[43] y 2183[44] CC, los establecimientos públicos o privados tendrían a su cargo un depósito necesario o voluntario según el caso, mientras que los privados de acuerdo al art. 2182 [45] CC generarían una responsabilidad objetiva para el establecimiento asistencial ante la pérdida o deterioro del documento [46].

Y en mi opinión, la necesidad o voluntariedad del contrato de depósito no debería variar la consecuencia apuntada por estos autores (responsabilidad objetiva en los casos que quepa establecerla), así como tampoco, la calidad pública o privada de el establecimiento sanitario en cuestión.

Formas de acceso

Íntimamente relacionado a este tema se halla el problema de las formas de acceso a la historia clínica, a la que debemos considerar como un documento público/semipúblico cuyo derecho de acceso es en principio limitado. Tratándose de una cosa mueble (art. 2311 CC) que se encuentra en poder de su guardador, tiene la particularidad de que debe permanecer en poder de éste dada la necesidad de inmediatez entre el último y el objeto depositado, ya que todas las anotaciones que se efectúen en ella deben ser contemporáneas al tratamiento. Entiendo por lo tanto que habrá tres formas en principio de poner en ejercicio el derecho de informarse a través de la historia clínica a saber:

-A solicitud del paciente el médico la pone a disposición de este sin mayores inconvenientes, a cuyos efectos no se le otorgará la historia clínica en sí sino una copia completa firmada por el profesional interviniente si es necesario, ya que durante todo el período del tratamiento del paciente (y hasta transcurridos 15 años de su finalización por resolución número 648/86 BO 28/1086[47]) la historia clínica deberá ser conservada por el guardador en buen estado sin poder ser entregada, salvo en caso de secuestro ordenado por autoridad judicial competente, caso en el cual podrá archivarse una copia completa de la historia clínica, esto conjuntamente con el acta u orden de secuestro.

- Al hacerse imprescindible acceder a el historial del paciente ante la negativa del médico o establecimiento interviniente (publico o privado) por ejemplo para presentarlo como prueba en un juicio por daños, a solicitud de parte puede promediar la orden de secuestro de la misma del establecimiento, lo que ya tiene aceptación jurisprudencial.

- Un novedoso medio de acceder a ella que fue utilizado en el caso B. De S. y DA c/Sanatorio Greyton SA[48] fue el **recurso de hábeas data. Aquí se trató el tema en consonancia con lo dispuesto en el art. 43 C.N.** Aunque se estuvo al criterio de no considerar esta vía como medio principal para acceder a la información vertida en una historia clínica salvo cuando no hubiera otro medio idóneo para la realización de este acto. Por imperio del principio iura novit curia, sin embargo el juez otorgó en el caso la concedió la posibilidad.

El derecho de protección de datos tiene consagración constitucional en el art. 43 CN y se encuentra en este caso vinculado a la protección y al derecho al acceso a los datos íntimos (directamente relacionado con el derecho a la intimidad). Implica el control por parte del sujeto afectado, sobre las informaciones que se refieren a su persona o a su familia[49].

En nuestro país existe un antecedente que data del 6/7/95 (B de S. D A. c/sanatorio Greyton S.A. Dictado pro la CNCiv. Sala F causa número 94478) en la cual quedó establecido que si bien en el caso la actora no cumplió con todos los requisitos de la acción ya que no quedó acreditado que no existía otro medio mas idóneo para solicitar una historia clínica al sanatorio demandado, por imperio del principio iura novit curia los jueces están autorizados a adecuar las normas al caso (normas que no hayan sido invocadas por el actor), y analógicamente con los casos en que promedia el secuestro de una historia clínica como medida cautelar preventiva, se concedió a la actora la posibilidad de a través de la acción de hábeas data acceder a interiorizarse sobre su contenido que había sido negado por la clínica demandada.

En los hechos del caso la actora había sido internada en el sanatorio con el fin de ser operada de una fractura de cadera lateral derecha, efectuada la operación, al día siguiente (por causas desconocidas para ella) dio comienzo a un agravamiento de su estado de salud (dificultad respiratoria, aguda baja de presión, fiebre, pérdida del conocimiento), todo lo cual fue desoído por el personal del sanatorio. Fue entonces atendida por un médico particular, el cual también se presentó en el sanatorio y decidió su internación en terapia intensiva. Su hija solicitó a las autoridades el traslado a otro establecimiento (Hospital Británico) ante la conducta negligente que se evidenciaba, dado que sin la intervención del nuevo galeno nunca hubieran tomado conciencia de su verdadero estado ni tomado la precaución de solicitar la internación en terapia intensiva.

Previo al traslado la institución exigió a la hija de la actora la firma de una declaración asumiendo los riesgos del traslado y manifestación de hallarse de acuerdo con que la paciente estuvo en todo momento en perfecto conocimiento de su estado de salud, prestando conformidad además con la historia clínica, de la cual no se les permitió sacar fotocopias para que pudiera leerla el médico que quedó finalmente encargado del tratamiento.

En el Hospital Británico, luego del traslado e internación en terapia intensiva, le fue diagnosticada una embolia pulmonar masiva severa, complicada con infección generalizada en el sistema sanguíneo en las vías urinarias. El nuevo medico tratante reiteró la solicitud de historia clínica al sanatorio para esclarecer las causas de ese cuadro y nuevamente su pedido fue desoído.

El ordenamiento jurídico no prevé otro medio para que un particular pueda por sí mismo (salvo por intermedio de un juzgado que ordene el secuestro de la historia clínica), tomar conocimiento de los datos incluidos en una historia clínica frente a la negativa de aquel que la conserva en su poder, por lo tanto la actora promovió un amparo (hábeas data) para que se expidiese copia de dicho documento y sus documentos complementarios, además de solicitar se reservara copia autentica de los mismos en autos para la restitución posterior de los mismos a la demandada.

Señaló la cámara que el origen del hábeas data, está dado en virtud del desarrollo del llamado poder informático, quienes se dedican a esta actividad (productor, gestor y distribuidor de datos), tienen protección constitucional de la misma cuya raíz se halla en las normas que tutelan la libertad de comerciar, trabajar, derecho de propiedad e inviolabilidad de los papeles privados. Pero la situación varía en relación a aquellos que se hallen registrados en archivos o bancos de datos, lo cual impone que estos para promover esta acción deberán alegar que los registros en cuestión incluyen información inexacta o que podría provocarles discriminación (lo cual no comporta la finalidad de la acción interpuesta por la actora en este caso, ya que se ampara en la acción de hábeas data con el objeto de obtener una fotocopia de la historia clínica e que se encuentra en poder del sanatorio demandado, lo cual motivó en primera instancia la denegación del recurso).

Sin embargo para subsanar el conflicto y por aplicación de la regla iura novit curia, el tribunal adecuó el caso a la normativa del código procesal (art. 323), ordenando el **secuestro de la historia clínica**.

Pérdida o destrucción.

Ante la pérdida o destrucción de la historia clínica se generarán responsabilidades que en el caso de un organismo público hospitalario cabrán también a la administración pública, sin perjuicio de las acciones civiles que puedan caberle a los sujetos involucrados y en el orden de los establecimientos privados, promediará la acción de responsabilidad.

En casos en los que se produjo el supuesto de pérdida o destrucción los tribunales se han expedido de diferentes maneras así en:

30/8/91 Ponce de León c/Estado Nacional: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal [50] "Podría afirmarse, que el hospital sólo debería responder por la pérdida de la prueba (una especie de chance) y no por la pérdida de la vida. Dicha solución debe ser desechada porque, en supuestos semejantes, bastaría a los sanatorios con ocultar la historia clínica, o parte de ella para así disminuir el grado de responsabilidad. En todos los casos, a la postre, los establecimientos asistenciales responderían por la chance de la prueba frustrada y no por la mala praxis que sería una prueba diabólica sin la historia clínica, con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable. Esta sala se ha pronunciado a favor de la víctima cuando median, por parte del establecimiento, fallos de organización o administrativos con aptitud para ocasionar un daño, y desde otro ángulo que con diversidad de matices la responsabilidad de los hospitales, clínicas y obras sociales cuenta con aceptación generalizada."

Observamos como la pérdida de la posibilidad de acceder a la historia clínica como prueba, la cual en el caso ha quedado frustrada, se extiende como elemento apto para crear una presunción en contra del establecimiento interviniente, casi hasta el punto de erigirse en la prueba misma de la falta de diligencia que deriva en la mala praxis. Por otro lado al tratarse de un establecimiento público aparentemente habiendo quedado probada la falta administrativa que ha ocasionado daños, ha hecho posible promediar la acción de responsabilidad.

22/8/95 (inédito[51]) Cayarga c/Clínica Privada Dres. Marcelo Tachella Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: "siendo el establecimiento responsable o sólo de su confección de acuerdo a las normas, sino de su custodia y conservación así como de la denuncia de su pérdida; al no hacerse cargo de tales extremos mostró nuevamente su actuar negligente (art. 163 inc. 5 CPCC).

Vemos como hay otras cargas adicionales al deber de custodia y conservación como son la denuncia de su pérdida ante la autoridad competente, carga cuyo incumplimiento también es susceptible de generar presunciones en contra que se extienden al actuar del medico para calificarlo como negligente.

Ahora bien, la pérdida de la historia clínica exime de responsabilidad a la clínica cuando aquella pérdida se produce por causas inimputables a la misma (como caso fortuito o fuerza mayor). Pero esto no implica que el paciente deba soportar eventualmente el riesgo de dicha pérdida, ya que no se halla obligado a obtener o tener en su poder una copia de la misma. No estoy de acuerdo con el criterio de que en estos casos el derecho del paciente a acceder a la historia clínica, ante la inimputabilidad de hecho de la clínica implica una carga para el paciente (la de tener consigo una copia su propio historial) cuyo incumplimiento produciría una traslación de riesgos, sino que la clínica deberá responder también en virtud del deber de seguridad que hace extensivo a los actos relativos a la confección guarda y custodia de la historia clínica, por lo tanto creo que el riesgo no debe ser compartido por la clínica y el paciente si promedia un caso fortuito que genera la pérdida de la historia clínica, ya que en tal caso el paciente se vería perjudicado en mayor medida a causa de la pérdida de los datos allí volcados.).

Historia clínica y prueba del consentimiento informado en España. Análisis jurisprudencial.-

- En el año 1993, llegó hasta el TSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal), sentencia núm. 9/1993 de 17 mayo. RJ 1993\4064, nos encontramos con un supuesto de hecho sobre historia clínica psiquiátrica, muy interesante por el parecido con otro caso ya relatado en el apartado sobre jurisprudencia nacional: para el Tribunal, interpretando en conjunción la responsabilidad contractual y extracontractual, se realizó una elección de la acción por el perjudicado que permitió establecer la responsabilidad de Centro Hospitalario ante la fuga y suicidio de enfermo ingresado en planta psiquiátrica de Centro asistencial pues pudo constatarse que la historia clínica se hallaban constancias de anteriores intentos suicidas y del riesgo de fuga donde fracasaron los mecanismos de control y vigilancia de salidas existentes en la planta.

- La responsabilidad de los médicos y profesionales sanitarios se estimó en la sentencia de la AP Guipúzcoa (Sección 1ª), núm. 304/1999 de 24 septiembre. AC 1999\2081, debido a la realización de una mastectomía subcutánea, cuando este tipo de intervención presenta de acuerdo a los protocolos sanitarios un carácter restrictivo en su utilización. Se arribó a la existencia de negligencia por falta de justificación de la extirpación de las dos mamas, y una información deficiente a la paciente una vez practicada, en ausencia de consulta respecto a la misma. El profesional realizó únicamente de una mamografía como prueba de diagnóstico cuando en realidad había necesidad de práctica de análisis más profundos antes de su realización. Entre las consecuencias y daños causados se contempló la producción de un trastorno neurótico, entre otras consecuencias, en la paciente, por lo tanto hubo una falta de adecuación del proceder de la doctora a la «lex artis»; además de la vulneración del derecho de información, por existir necesidad de consentimiento y conocimiento por el paciente. La necesidad de consentimiento escrito exigido a partir del D. de 17-3-1998, del Gobierno Vasco lo es únicamente como documento que integra la historia clínica, lo que indica la autonomía que presentan una figura y otra.

- La AP Barcelona (Sección 10ª), sentencia de 11 octubre 2006. JUR 2007\123626, admitió la existencia de lesiones por imprudencia profesional de los médicos. Se infringió al paciente una infección de las raíces de varias piezas dentarias y pérdida de incisivo central superior entre otros por falta de diligencia y a causa de la ausencia de historia clínica, sobretratamiento, incorrecta realización de endodoncias y deficiencia en la técnica empleada. De esta sentencia podemos extraer algunas consideraciones de la Audiencia importantes para la determinación de la relación de causalidad, aún en ausencia de confección de historial clínico o inexistencia de este: “En el presente supuesto de autos resulta acreditado el resultado producido por consecuencia de la imprudencia del acusado, y que consiste en: ausencia de historia clínica, realización de un evidente sobretratamiento, realización incorrecta de endodoncias, deficiencia en la técnica empleada, colocación incorrecta de las prótesis.

Pasemos ya por tanto, al tercer elemento integrador de la imprudencia, que no es otro que el de la relación de causalidad.

El tercero de los requisitos que integran el tipo penal de la imprudencia lo es el de: 3º)- La relación de causalidad: Entre los dos anteriores elementos (1º-infracción del deber objetivo del cuidado debido, y 2º-el resultado producido) deberá darse la relación de causalidad o nexo causal. Habiendo la Jurisprudencia elaborado un profuso cuerpo doctrinal respecto al mismo. STS de fechas de 5-II-1981; 15-X-1987 (RJ 1987, 7379) ;

4-X-1990 (RJ 1990, 7662) ; 12-III-1990 (RJ 1990, 2987) ; 18-XII-1990 (RJ 1990, 9560) ; 14-II-1991 (RJ 1991, 1056) ; 21-IV-1992 (RJ 1992, 3174) , etc.

En relación a la Imputación objetiva, es menester ahora señalar que sólo es imputable objetivamente un resultado injusto causado por la conducta humana, cuando esta conducta ha originado un peligro de la producción del resultado jurídicamente desaprobado y este peligro se ha realizado de hecho en el suceso causante del resultado concreto. Esta idea, aplicada a la actividad sanitaria o médica, implicaría la exclusión de la tipicidad por no ser objetivamente imputable, al no hallarse comprendida dentro del fin perseguido por la norma la acción médica realizada *lege artis*.

El fin de la norma en el homicidio es evitar acciones peligrosas para la vida, al igual que en las lesiones consiste en evitar acciones peligrosas para la integridad corporal o la salud, mientras que la acción médica legal *artis* disminuye objetivamente el peligro, y no intensifica, por lo menos en todo caso, el riesgo. De tal suerte que no se consideraría objetivamente imputable un resultado realizado por el autor para evitar otro resultado amenazante más grave, o cuando se da la ausencia de un riesgo jurídicamente relevante, o cuando el resultado está fuera del ámbito de protección de la norma, o del fin perseguido por la misma.

Es de resaltar que nuestro más alto Tribunal, ha acogido la teoría de la imputación objetiva del resultado, en numerosísimas Sentencias (20-mayo-81 [RJ 1981, 2260] , 5-abril-83 [RJ 1983, 2242] , 29-junio-83 [RJ 1983, 7055] , 11-febrero-87, 27- mayo-88, 12-junio-89, 26-mayo-90 [RJ 1990, 6519] , 17-enero-91, 8-abril-92, 19-junio-92, 7-junio-93, 22-septiembre- 93 [RJ 1993, 6853] , 21-diciembre-93 [RJ 1992, 9589] , 17-enero-94 [RJ 1994, 24] , etc.).

Pero en relación a la actividad médico-sanitaria, es de destacar la Sentencia de 1-febrero-87 , donde expresamente se señala que "En el tema nexo causal, la jurisprudencia más reciente, siguiendo las huellas del progreso científico, distingue el juicio de imputación objetiva que reconoce la existencia de una acción típicamente antijurídica y el juicio de imputación subjetiva que encuentra o no la existencia de culpabilidad; de modo que dentro de la primera de tales imputaciones no basta la relación causal entre acción y resultado tal y como la concebía la doctrina tradicional, sino que es menester que a la noción de causa, tal como es entendida por las ciencias naturales y que encuentra su traducción en la doctrina de la *conditio sine qua non* o de equivalencia de las condiciones, se añada la relevancia jurídico penal de tal nexo causal".

Es decir, que se pasa de la causalidad material a una causalidad jurídica, transición igualmente aplicable a los delitos dolosos y a los culposos, de suerte que en estos últimos si el comportamiento negligente (elemento psicológico de la culpa) no infringe el deber de cuidado (elemento normativo atinente al injusto típico), el autor estaría exento de responsabilidad.

La relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata (Ver sentencias de 6 de octubre de 1960 [RJ 1960, 3029] , 15 de octubre de 1969 [RJ 1960, 5070] y de 23 de enero de 1976 [RJ 1976, 175] , entre otras). El otorgamiento de un título profesional crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiendo por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia como en la gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente.

Veamos, por tanto, la conducta del acusado: en primer término no aporta historia clínica alguna del paciente. En segundo lugar, realiza (así lo ha determinado la pericial practicada) las endodoncias en un tiempo sobresalientemente inferior al mínimo exigido

para el éxito de las mismas. Además practica en una sólo sesión hasta un total de ocho endodoncias. Rellena indebidamente el canal derivado de la extracción de la pulpa dentaria. Coloca incorrectamente las prótesis dentarias (fundas). Y las adapta incorrectamente dejando espacios interdenciales.

También ha resultado acreditado que consecuencia de todo ello se produjo la infección de las raíces de al menos seis de las piezas tratadas, y la pérdida del incisivo central superior siendo preciso y necesario la práctica de nuevas re-endodoncias y la colocación de nuevas prótesis en las piezas afectadas.

Sentado lo anterior debe concluirse por lo tanto con la confirmación de la sentencia combatida”

- En el caso llevado ante el TSJ Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 229/2003 de 26 febrero. JUR 2003\266872: El Tribunal consideró improcedente la solicitud de indemnización por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, concretamente del personal sanitario. De acuerdo con el supuesto de hecho se produjo el fallecimiento del paciente como consecuencia de las complicaciones derivadas de tromboembolismo pulmonar, pero se logró la acreditación mediante historia clínica de que se suministraron los medios necesarios de diagnóstico y tratamiento adecuados según el estado actual de conocimientos de la ciencia. A contrario de otros casos la historia clínica adquirió mayor valor probatorio frente a la insuficiencia de la prueba pericial presentada en contrario, lo que derivó en la ausencia de nexo causal y la improcedencia de la indemnización.

- La AP Palencia (Sección 1ª), sentencia núm. 42/2005 de 15 noviembre. ARP 2006\71, estimó la existencia de lesiones por imprudencia profesional. El médico cirujano que realiza intervención quirúrgica al paciente en una rodilla distinta a aquella que previamente había sido diagnosticada debiendo haber comprobado en cuál debía intervenir al tener a su disposición la historia clínica de la paciente, si bien la Audiencia no admitió la existencia de imprudencia grave.

- AP Valencia (Sección 8ª), sentencia núm. 447/2007 de 23 julio. AC 2007\1858. Se estiman las pretensiones del apelante, declarando improcedente la responsabilidad ante la intervención quirúrgica practicada, dado que no fue posible acreditar el nexo causal entre la actuación del facultativo demandado y el desenlace acontecido: fallecimiento de la paciente por fallo multiorgánico. “El tercer motivo se refiere a la ausencia de historia clínica en el proceso y la inaplicación en la sentencia impugnada de lo dispuesto en el artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Aduce la parte recurrente que la juzgadora debía haber ponderado lo significativo que resulta que el demandado no haya aportado la historia clínica de la paciente, sin embargo, al llegar a este punto, resulta obligado puntualizar que únicamente son admisibles los argumentos expuestos en demanda y contestación y a ellos habrá de ajustarse la presente resolución, excluyendo, por tanto, aquéllos otros que por su carácter original participan de la consideración de cuestiones nuevas, sobre las que la jurisprudencia viene reiteradamente declarando (SS. del TS de 28-3-00 [RJ 2000, 2501] , 19-4-00 [RJ 2000, 2978] , 10-6-00 [RJ 2000, 4406] , 4-12-00, 12-2-01 [RJ 2001, 2234] , 30-3-01 [RJ 2001, 6640] , 31-5-01, 22-10-02, 29-11-02, 26-2-03, 31-5-03, 25-6-03, 26-7-03 [RJ 2003, 5863] , 12-12-03 [RJ 2004, 413] , 31-12-03 [RJ 2004, 1787] y 19-2-04, entre otras muchas) su inidoneidad para ser tratadas en la alzada, al infringir los principios de contradicción y defensa e implicar una modificación de los términos en que quedó configurado el debate litigioso. Esta precisión se hace al hilo de

este motivo, por cuanto para nada hizo alusión la actora en su escrito de demanda, sobre la incidencia que esa aportación de la historia clínica pudiese tener en relación a la suerte de la pretensión entablada, máxime que el presente juicio ordinario vino precedido de una actuación penal a través de las Diligencias Previas número 2237/00 del Juzgado de Instrucción número 13 de Valencia, donde la parte demandante y apelante ejerció la acusación particular, siendo que la ausencia que se denuncia lo es con apoyo en lo allí actuado. Pero no es sólo eso es que, de haber considerado que dicha historia revestía la trascendencia que en el recurso se sostiene, bien pudo la parte actora al proponer su prueba, solicitar que se requiriese al demandado Dr. Guillermo para su aportación, con fundamento en el artículo 328 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , lo que no hizo (f. 329 y 330) y aunque no fuese así, la valoración que ahora se hace en cuanto a su carácter fundamental, lo es en términos puramente globales o genéricos, esto es, sin especificar o concretar qué aspectos o secuencias de dicho historial clínico pudiesen contribuir a arrojar luz en la controversia planteada. Finalmente, tampoco se alcanza a comprender que omisión es la que advierte la parte recurrente si pensamos que como documento número uno de la contestación (f. 289 al 291) se acompañó la hoja clínica confeccionada por el Dr. Guillermo en su consulta y que la demandante aportó la relativa al preoperatorio (documentos tres bis c) y siete a los f. 68 y 131), a la operación del día 5 (documento número ocho a los f. 132 al 133), a las de los días 10 y 19 consistentes en resección intestinal y laparotomía (documentos números diez y once a los f. 135 al 138) y finalmente las de las actuaciones que se llevaron a cabo hasta su fallecimiento (documentos números doce al diecisiete a los f. 139 al 166), por lo que este motivo ha de decaer.”

- El TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 23 octubre 2007. RJ 2007\9373, inadmite el recurso de casación y confirma la sentencia del tribunal a quo, donde se determinó la inexistencia de nexo causal, y por ende la inexistencia de responsabilidad médica. Consideró el Alto Tribunal que la decisión adoptada por el tribunal de instancia fue suficientemente motivada. Con respecto a la valoración de la prueba existente y practicada en los autos, no se adujo la ausencia de otras precisas al objeto de la resolución del litigio, entre las que se incluye la historia clínica del paciente a pesar de conocerse la misma por efecto de otras pruebas existentes, con lo cual los efectos de la casación tornaron procedente la denegación procedente de la responsabilidad patrimonial.

- El TSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª), en su sentencia núm. 1459/2007 de 28 noviembre. JUR 2008\118901, se recogieron los siguientes antecedentes: “Esta falta de percepción de la gravedad del estado de la paciente, con la consiguiente ausencia de historia clínica "ad hoc", ausencia de antecedentes, ausencia de proceso discursivo de la patología, ausencia del cumplimiento protocolario mínimo en el área de las exploraciones, ausencia de datos complementarios- análisis y radiografía- solo denotan que la doctora adopto una actitud de banalización frente al cuadro que tenía enfrente". Y continua: "La lectura, pues de los datos perfectamente coherentes, que nos aporta la nuera-testigo, nos sugiere "per se" primero, que el estado de la paciente era muy grave, segundo, que su patología abdominal tenía que ser encuadrada, de entrada y bajo sospecha, como una patología de abdomen agudo. Tercero, que los signos de fuerte e intenso dolor abdominal, sudor profuso y constante, hipersensibilidad de pared abdominal, vientre abombado, vómitos persistentes y fiebre,

a falta de datos complementarios, tal como posible hipotensión, hiperventilación.. etc, evidencian un cuadro de shock, ya hipovolemico ya séptico. De haberse seguido minimamente los protocolos es evidente que se habría podido llegar a un diagnostico aproximado o definitivo (tacto rectal, temperatura, análisis-leucocitosis con neutrofilia y radiografía). En todo caso, el estado de la paciente sugería una extrema gravedad como pronostico por lo que el acto inmediato e irreversible no podía ser otro que el envío al cirujano con el pertinente informe de posible intervención urgente". En contra de lo que mantienen los peritos propuestos a instancia de la parte codemandada, expone que:"Desconocemos en que se fundamentan estos Dres. para afirmar categóricamente que tanto la radiografía como el análisis de sangre, no son necesarios cuando la propia Dra. es consciente de la no filiación del dolor y, por el contrario, estando a su alcance las pruebas complementarias (radiología y análisis) que, sin duda habrían contribuido a esclarecer la filiación"."

“De lo expuesto esta Sala concluye que efectivamente la situación clínica de la Sra. Penélope cuando acudió al Servicio de Urgencias hacia necesaria la practica de pruebas diagnosticas que hubieran permitido determinar la causa del dolor abdominal que se padecía y con ello adoptar medidas terapéuticas adecuadas como podía ser una intervención quirúrgica urgente que quizás hubiera evitado el fatal desenlace.

Pues no debe olvidarse que la praxis médica y la lex artis exigen la adopción de cuantas pruebas médicas sean recomendables para una mejor atención médica en el tratamiento de los enfermos que solicitan asistencia sanitaria y que, además, la atención sanitaria es de medios y no de resultados. Y en el caso de autos la Administración sanitaria según refiere el perito judicial en su informe no se han efectuado las pruebas médicas que la praxis exige. La Administración no proporciono a la madre de los recurrentes el tratamiento medico y sanitario adecuado.

En consecuencia, al concurrir los requisitos necesarios para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial ello lleva a esta Sala a estimar el presente recurso contencioso administrativo.”

- En la sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), sentencia núm. 1215/2007 de 28 noviembre, podemos constatar otros criterios que ponen en conexión la necesidad de constancia en la historia clínica de los riesgos para el paciente de una intervención quirúrgica, equiparando esta exigencia al consentimiento informado, que no obstante puede ser verbal, como una exigencia de la medicina, ya sea curativa o satisfactiva como un derecho de información del paciente, aunque se determinó que en el caso existían constancias en la historia clínica de la información detallada que se brindó al paciente.

- La sentencia del TSJ Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 734/2007 de 18 septiembre. RJCA 2008\131, estimó la acción de responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y la indemnización concedida por promediar el requisito de relación de causalidad. Se determinó la existencia de nexo causal dado que la acción terapéutica aplicada fue errónea por no consultarse la historia clínica que no estaba a disposición del médico tratante, lo cual derivó en el fallecimiento de paciente al que se suministró medicación y tratamiento con antibióticos, resultando ser alérgico a la penicilina: la doctora actuante no interrogó al paciente ni a su esposa sobre si aquel era alérgico: suministrándole además pastillas «sueltas» del antibiótico que la contenía, sin envase o folleto que detallara su contenido. Ello igualmente impedía que el paciente pudiera averiguar por sí solo la composición de la medicación advirtiéndole su peligrosidad: la

doctora prestó asistencia que se apartaba así de la adecuada a la «lex artis ad hoc», es decir, a la extremada precaución que correspondía a un enfermo crónico del que no tenía a la vista su historia clínica, concretada en la ineludible determinación previa de que el paciente no fuera alérgico a componente relevante cualquiera del antibiótico que se consideraba, en principio, apropiado. La indemnización fue procedente.

- En un caso sobre responsabilidad patrimonial de la Administración el TSJ Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 208/2009 de 13 marzo. JUR 2009\332749, desestimó la demanda por funcionamiento anormal de los servicios públicos y denegó la indemnización por daño moral por extravío de la historia clínica por inexistencia de daño evaluable económicamente, siendo éste, y no el mero extravío del historial un requisito de la acción de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración pública.

- En el auto de la Audiencia Provincial A Coruña (Sección 4ª), núm. 52/2011 de 28 abril. AC 2011\1317 se estimó la oposición alegada por la parte requerida ante la petición de exhibición y copia de las historias clínicas de la madre solicitante y un hijo menor para preparar posibles acciones de responsabilidad por negligencia: falta de previa petición al hospital para hacer efectivo el derecho de acceso a la historia clínica.

- AP Madrid (Sección 19ª), sentencia núm. 99/2011 de 17 febrero. AC 2011\845
En la sentencia se determina la existencia de responsabilidad médica, pese a tratarse de daño estético por aumento de mamas que alcanzan un tamaño excesivo derivando en una imagen grotesca: corresponde al facultativo dar una correcta orientación sobre las consecuencias de no ser la opción del paciente la más idónea. Por lo que de las pruebas practicadas se observa que existió una ausencia de contraindicación acerca del volumen. "A efectos de prueba, hay que tener en cuenta por la importancia que puede tener en caso de negar haber recibido la información y ser la misma oral, la historia clínica, como documento apto para dejar constancia de la información. El art. 4.1 Ley 41/02 ya dice que de la información se deberá dejar constancia en la historia clínica.

Si se produce un daño en el paciente y el consentimiento se hizo en forma oral la ausencia de historia clínica puede constituir una negligencia del facultativo, y así el TS - S 29.9. 2005 (RJ 2005, 8891) - dice que tiene valor ad probationem. Desde luego, si existe la historia clínica y se presenta al proceso, si bien no constituirá una verdad irrefutable, pero sí un importante indicio que deberá ser valorado por el Tribunal junto a los demás elementos probatorios.

No obstante, ha de recordarse que en la LGSanidad de 1986, disponía en el art. 10 como derecho del enfermo " A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

La T.S.29.9. 2005. admite que el consentimiento sea verbal si existe prueba de su existencia. Aplicaba el Alto Tribunal el art. 10 LDCU (RCL 1984, 1906) con cita amplia Jurisprudencia anterior. Se trababa de un supuesto bajo la vigencia de la ley de 1986 , y se argumentaba el recurso en la ausencia de una forma escrita de consentimiento por parte del médico demandado que, a juicio de la recurrente, revela "el incumplimiento de un deber que es parte integrante del facere facultativo, determinante de su responsabilidad por cuanto evidencia que la actora desconocía ex ante el riesgo de que en este tipo de operaciones, pudiera verse afectado el nervio ciático, y al desconocerlo no lo asumió, quedando el mismo a cargo del médico demandado".

Respecto al contenido, ya el art. 4.1 establece que "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

Es decir no es el médico quien delimita lo que debe informar, sino el enfermo, o mejor el paciente.

Al contenido básico se refiere el art. 10, con la denominación de "información básica". El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

También como limitaciones al derecho de información se recogen los casos de riesgo para la salud pública (9.2 a/) y otro de carácter individual "riesgo para la integridad psíquica o física del paciente" (art. 9.2 b).

En los casos de urgencia se podrá proceder a cualquier intervención a favor de la salud de la persona (art. 9.2).

Previo al consentimiento, ha de ser la información que el paciente ha de recibir, y que se concreta en el art. 10.º 1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

2. El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

Ciertamente a la hora de valorar el contenido y extensión de la información a recibir, habrá de ponerse en relación con el tipo de actuación médica a realizar. Parece elemental destacar que no será la misma en una mera consulta médica o intervención de escasa importancia que frente a una intervención con grave riesgo; habrá de determinarse en cada caso.

Desde luego la doctrina y la Jurisprudencia son categóricas en cuanto a negar eficacia a los documentos- tipo para obtener el consentimiento debidamente informado; y así se pone de relieve como tales los que se firman en el mismo momento del ingreso en el centro hospitalario o en momentos inmediatos a una intervención, cuando el paciente carece de la tranquilidad precisa para decidir sobre si seguir o no adelante. (TS 15.11.2006 (RJ 2006, 8059)).

En todo caso, ha de ser suficiente; la STS 29.6. 2007 (RJ 2007, 3871), establecía que no existió falta de información, sino información incompleta que no falseaba la realidad. Se trataba de una ligadura de trompas, respecto de la que fue informada la paciente que era el método más seguro, lo que no le impedía deducir que podía quedarse nuevamente

embarazada, pues se trataba solamente de la técnica más segura que Ccualquier otra. En la misma sentencia, se distingue entre la medicina curativa, necesaria o asistencial de la voluntaria o satisfactiva, y refiere como la ligadura de trompas además de un método de planificación familiar puede evitar graves riesgos, como en el caso que se trataba tras tres embarazos, dos de ellos culminados por cesárea.

Cabe asimismo citar la STS de 19.6. 2007 (RJ 2007, 5572) , Sala 1ª que declara la responsabilidad del ginecólogo que no informó de la conveniencia de practicar una amniocentesis, y nació un niño con síndrome Down, y en el caso existía un alto nivel de riesgo por la edad de la gestante, calificando aquella falta como un hecho negligente, de modo que se impidió a los padres decidir sobre el derecho a abortar .Dice el TS que es solo exigible cuando existan circunstancias especiales de riesgo, como aquí ocurría, y resalta el derecho a abortar.

Si a la luz de lo dicho se examina el documento que se incorpora a la demanda como base de la información, no puede sino calificarse de incompleto. Parece tesis del recurrente que se atuvo a las indicaciones de la paciente, debiendo destacarse que es al facultativo a quien corresponde, dentro de las indicaciones del paciente, dar una correcta orientación sobre las consecuencias de su opción de no ser la más idónea. No consta se le contraindicara acerca del volumen de las mamas que iba a implantar, pues la referencia que consta en la historia clínica es posterior al consentimiento y no se acredita que fuera informada acerca de las consecuencias negativas de optar por la elección que ella prefería. En un campo tan delicado, no se trata de seguir las indicaciones del "cliente" que en estos casos es más que ello, paciente, que no puede asumir determinados riesgos sin la clara y terminante indicación de los efectos contrarios que podrían suponerle. El ejemplo que pone la parte acerca de una persona conocida en los medios no deja de ser inoportuno a todas luces.

El resultado de la prueba, evidencia la existencia de asimetría, entre las mamas y con el cuerpo de la paciente en razón a su edad y complejión, de modo que resulta grotesca la imagen como la sola muestra de las fotografías pone de relieve y lo corrobora la prueba pericial.”

- Desestima el recurso de apelación la sentencia del TSJ Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia núm. 692/2011 de 6 junio. JUR 2011\266939 “la demanda da como ciertos unos supuestos datos objetivos -que no objetivables pues no tenemos la historia clínica- que constituyen verdaderos hechos y afirmaciones, presupuesto de una determinada praxis asistencial que la demanda valora como negligentes. Para tener tales alegaciones como punto de partida -incluso en hipótesis- son necesarios conocimientos científicos de los que los Tribunales carecen. Y para auxiliarlos en su función de administrar Justicia las leyes procesales prevén la práctica de una prueba pericial. Se trata pues de unos elementos imprescindibles y cuya aportación -por su componente fáctico- corresponde a la parte. Pues bien, incluso en este caso hubiera sido necesaria una prueba pericial que corroborara siquiera en hipótesis sus afirmaciones. Y caso de no ser así, hubiera sido preciso un informe pericial que justificara que la ausencia de Historia Clínica impedía la práctica de la prueba por no se suficientes los elementos de qué disponemos.

A tales efectos, resulta, desde luego insuficiente la aportación a los autos de los Protocolos. Ciertamente éstos pueden tener fuerza vinculante en tanto que pautan una determinada actividad. Ahora bien, tal actividad asistencial ha de estar siempre relacionada con la situación que presentaba la paciente en el momento de aplicarlos.

Lo determinante es que no solo no tenemos ninguna prueba de los hechos en los que se basa la demanda, sino todo lo contrario, es decir, que sí hay pruebas que evidencian que

la paciente no presentaba los síntomas que aconsejan la aplicación de los Protocolos. Y es que los Protocolos no determinan cómo se ha de proceder en abstracto sino cómo se ha de actuar en función de la situación del paciente. Tampoco podemos dejar de advertir que la responsabilidad patrimonial por actuación sanitaria precisa de una clara infracción de la *lex artis ad hoc*.

Ninguna prueba hay de que se detectara algún síntoma que aconsejara la realización de un TAC craneal. Y en el examen y valoración que hace la parte apelante de los citados protocolos no parte de una realidad sino de una hipótesis que en modo alguno viene sustentada en dato objetivo alguno. Por el contrario, los dictámenes del CRAM, de la Comisión Jurídica Asesora y el informe pericial aportado por la Administración demandada resultan más ajustados a las circunstancias del caso, y por esta misma razón han de prevalecer. Por lo demás, el Tribunal no aprecia contradicción alguna en las manifestaciones de la prueba pericial aportada por la demandada. En relación con las conclusiones no quedan desvirtuadas por prueba alguna, pues lo determinante aquí no es cuál ha sido el final de la paciente (que, desde luego, falleció) sino si falleció a consecuencia de la práctica asistencial (pregunta que ha de obtener una respuesta negativa) pues tal es el sentido que ha de darse a las manifestaciones del perito.

Por otra parte, ninguna incidencia tiene aquí que el Protocolo del Hospital Clínico de Barcelona se incorpore como acuerdo o disposición o como resolución interna del centro hospitalario.”

- En la Sentencia de AP Murcia (Sección 4ª), núm. 315/2011 de 16 junio. JUR 2011\279209, podemos ver reflejado el valor probatorio de la historia clínica para el juzgador, en concordancia con lo que hemos dejado expresado a lo largo de este trabajo, dado que para la determinación de una incapacidad permanente parcial y no absoluta conforme a baremo se estimo que la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) tiene efectos exclusivos dentro del ámbito laboral”.

En relación al dictamen de peritos, el juzgador otorgó mayor valor probatorio, credibilidad y prevalencia a uno de los dos informes médicos periciales obrantes en autos, dado que en sus conclusiones y afirmaciones, fueron vertidas con mayor fundamentación y razón de ciencia al valorar y tener en cuenta el contenido de la historia clínica de la paciente.

- TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia de 6 julio 2011. JUR 2011\263706: Se interpone recurso de casación ante la jurisdicción contencioso administrativa por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales. Se trata de un caso de asistencia sanitaria donde las pruebas solicitadas no practicadas no eran trascendentes a los efectos del proceso, ya que con los datos que existían en la historia clínica y sobre todo con la prueba pericial practicada en el proceso, quedó patente que el servicio funcionó adecuadamente, por más que finalmente se produjera la infección por meningitis que no pudo evitarse. Con respecto a la responsabilidad patrimonial de la administración por mal funcionamiento de los servicios médico-sanitarios el TS concluyó que existe por parte del facultativo el deber de poner en el tratamiento del paciente los medios precisos al alcance de los conocimientos de la comunidad científica en ese momento, usados de acuerdo con la *lex artis* aplicable en cada caso, y ello con independencia del resultado que se obtenga.

- La AP Huelva, núm. 3, en su sentencia núm. 464/2010 de 12 noviembre. ARP 2011\268, por un caso de lesiones por imprudencia profesional, los cirujanos fueron denunciados por que operan a la paciente de la rodilla, cuando se le ingresó para operarle de la cadera y se examinó si los facultativos fallaron en su falta de

comprobación de la historia clínica: el resultado resulta paradójico dado que la intervención equivocadamente practicada resultó ser un tratamiento médico curativo, no produciéndose por tanto resultado dañoso.

Contexto de emisión del documento: caracterización y clasificación.

En cuanto al contexto en el que fue labrada puede tratarse de un documento público o privado.[52] El contexto de emisión depende del medio en que se desenvuelva el médico o institución que la emite o extiende.

Documento público: Se considera un instrumento público si es emitida en un centro hospitalario del estado, tanto a nivel federal, provincial como municipal, pasa por lo tanto a integrar el sector público, produciendo consecuencias con carácter de acto administrativo jurisdiccional, que tendrá caracteres propios como por ejemplo:

Las personas de las que emanan estos documentos asumen la calidad de funcionarios o agentes públicos.

Los ámbitos en los que son expedidas son públicos y a ellos les son aplicables las leyes administrativas.

En este contexto todo registro de estos documentos constituyen instrumentos públicos, por ende la historia clínica es una especie de estos instrumentos que posee carácter de acto unilateral, del organismo público, y una registración concatenada de los distintos actos administrativos referentes al paciente que acude a la institución pública[53].

De acuerdo a lo dicho hasta aquí en relación a los efectos probatorios de los registros realizadas en una historia clínica (ya sea que se trate de documentos emanados de organismos públicos o personas jurídicas o físicas privadas), si dichos asientos no llegan a presentar alteraciones, importan una presunción favorable al médico en el sentido de inclinarse a favor de las determinaciones de carácter científico que se ha dejado plasmadas en dicho registro, dándoles carácter de verosímiles.

En el supuesto de que el juez o tribunal administrativo admita como válidas las consideraciones vertidas en la historia clínica, (no ya en el caso en que considere que existen omisiones que la descalifican como elemento probatorio a favor del médico y la institución pública interviniente), el hecho de que comporte el carácter de instrumento público hace que produzca prueba per se por lo tanto la parte demandante deber para descalificarlo redargüirlo de falsedad.

Esto sin perjuicio de que, si aquel funcionario encargado de la confección de la historia clínica es competente o estuviera confeccionada con enmiendas o tachaduras, se presupondría la falsedad de lo allí inscripto, todo lo cual haría caer la solidez del instrumento como tal por completo[54].

Por el contrario si la historia clínica fuese confeccionada en establecimiento asistencial privado, o en un consultorio particular se considerará que se las calificará como instrumentos cuyo carácter será eminentemente privado. Esto tiene sus connotaciones propias a saber:

Si se trata de una persona jurídica, o establecimiento asistencial privado, debemos tener en cuenta que estas funcionan con las mismas modalidades que las empresas. Por lo tanto:

En tanto que empresas deben estar registradas en el organismo correspondiente.

Existe por lo tanto la carga para estos establecimientos de llevar los registros de los pacientes atendidos.

Las autoridades administrativas o jurisdiccionales tendrán la facultad de ejercer sobre estos establecimientos el control correspondiente (el cual se considera que es de forma y de contenido) en relación por ejemplo al registro del historial del paciente.

En el caso de un médico particular, la situación en relación a estos instrumentos es la misma cayendo en la esfera de los instrumentos privados, que pueden ser auditados o inspeccionados por la autoridad correspondiente.

Aquí también si las historias clínicas son confeccionadas de manera correcta o diligente, constituyen una herramienta a favor del médico conformando una presunción a favor de quienes están sindicados en ella como intervinientes en el seguimiento del estado de salud del paciente. Por el contrario si fuesen adulteradas afloraría la presunción contraria, de ocultamiento de la verdad que indicaría la culpabilidad los en ella mencionados. En estos casos el establecimiento o el médico es el depositario de dichos instrumentos y no el dueño[55].

Sistematización de casos jurisprudenciales

A continuación se realizará una sistematización de casos jurisprudenciales en los cuales ha promediado el cómputo de la historia clínica como elemento probatorio. Adelanto que se evidencia de dicha sistematización (y prácticamente sin excepciones) que todo acto de omisión o falla en las anotaciones de la historia clínica, es contemplado como presunción en contra del facultativo.

27/12/84 Sánchez Pascual Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala E: Una mujer se suicida en el Hospital Álvarez. Sus hijos y su marido demandan a la comuna y se la condena si bien quedo probado que decidió suicidarse ella misma. . En el caso promedió responsabilidad y quedó determinada e identificada la relación de causalidad entre el hecho y el daño infringido a terceros afectados (o sea, los hijos de la suicida). Existió según este fallo responsabilidad extracontractual por culpa en la esfera contractual, dado que al verse afectados los familiares (terceros a ajenos a la relación médico paciente), hubo una prolongación del deber de seguridad hacia el ámbito extracontractual. Existía en el caso para el hospital el deber de tomar medidas especialísimas de seguridad que no fueron tomadas alegando que esta omisión se debió a razones de urgencia. Sin embargo debió derivarse a la enferma inmediatamente a otro establecimiento donde pudieran brindársele la contención adecuada y no mantener la actitud posterior de excusarse de esto[56].

La demandada alegó que se estaba a ante un supuesto de caso fortuito.

En relación a la historia clínica que operó como elemento probatorio en este caso, figuraba en dicha documentación la patología de la enferma y además el diagnóstico de psicopatología, que no indicaba ninguna recomendación sobre la terapéutica a aplicar.

La paciente ingresó al hospital el 22 de diciembre de 1981 a través del servicio de guardia. Dejando constancia de diagnóstico como sigue: "probable intoxicación con Tegretol". El día 23 de diciembre se dejó constancia por medio de anotaciones del cuadro de la paciente: "Cuadro depresivo y descerebración". Fallece el día 25/12/81 y en la institución se describe el motivo de la internación, la enfermedad actual, el examen físico: se expresó que se realizó lavado gástrico y que el familiar que acompañaba a la paciente trajo consigo la medicación de base de la misma. De las constancias de la historia clínica surge también el diagnóstico de psicopatología: "paciente lúcida ubicada en tiempo y espacio, reticente al interrogatorio, ansiosa y angustiada. Se la encuentra levemente deprimida. No se destacan alteraciones groseras de la sensopercepción.

Estas constancias adquirieron en juicio relieve como prueba eficaz por el origen y la inmediatez con los hechos. Por lo tanto las conclusiones de los médicos forenses pudieron considerarse suficientes como elementos de convicción para tener por acreditada la visión de los hechos expuestos en la demanda en el sentido de que los médicos del hospital conocieron o debieron conocer los trastornos depresivos de la víctima. Según el dictamen del médico forense "un razonamiento médico coherente tiene que indicar que la ingesta masiva de psicofármacos en la paciente de referencia corresponde a una tentativa de suicidio. Esto de acuerdo a 1)_ lo que surge de la historia clínica, 2)_ los antecedentes que refirió la familia de la internada 3)_ la medicación de base que tenía indicada 4)_ el informa de psicopatología y las constancias de epicrisis. Además la existencia de psicofármacos e intoxicación con Tegretol obstan a que se acepte ese desconocimiento. Y en su defecto si esto no fue advertido pone de manifiesto un alto grado de impericia, falta de idoneidad o negligencia o no coordinación, colaboración y dirección.

También se tuvo en consideración un informe de otro médico del hospital Nacional Braulio Moyano, que al observar las constancias de la historia clínica señaló que aún admitiendo que todavía no se contaba con elementos para poder dar un diagnóstico definitivo, los médicos debieron proteger la salud y la vida de la paciente con los medios adecuados. Finalmente se estuvo también al dictamen del Médico forense en el cual se advirtió que un paciente con las características de la analizada, debió ser aislado en habitación individual, de seguridad, con rejas en ventanas paredes acolchadas y sin elementos cortantes y a mantenerse con las puertas cerradas. Asimismo debió mantenerse bajo un fuerte control de enfermería y médico. O ser contenida mecánicamente léase utilizando chaleco o muñequeras) o bien farmacológicamente. Y lo ideal ante estos casos es la internación en establecimientos psiquiátricos.

Según el dictamen del asesor de menores interviniente en el caso existió 1)_ una atención deficiente que en general suele darse en los hospitales. 2)_ una falta de cuidados a la paciente 3)_ una falta de diligencia del personal médico al dejar las ventanas abiertas que no tenían protección ni reglas.

El testimonio de una enfermera cuyos dichos eran contradictorios también funcionó como desfavorable a los demandados por evidenciar un interés personal dado por la necesidad de mantener su fuente de trabajo. Por lo tanto se consideró tanto en primera como en segunda instancia (por el voto del doctor Calatayud que no se adoptaron las medidas de seguridad adecuadas al caso).

El jefe de esa área del hospital declaró que en la historia clínica se indicaba que la paciente atravesaba por una intoxicación medicamentosa ante la cual debía ser tratada pero que el personal médico no había indicado como. Ante esto y por su jerarquía el Dr. Cohen trató de eximirse de responsabilidades aduciendo que por su función no estaba en contacto directo con los pacientes internados. Todo lo cual no fue admitido en modo alguno como excusa eximente por el tribunal [57].

11/9/85 Olauskas de Argamasilla, Ana c/MCBA. Cámara Nacional Civil Sala B[58]. Hechos: muerte axfíctica de un niño en los instantes de su nacimiento, con lesiones a la madre y esterilización efectuada sin su consentimiento. Establecimientos asistenciales: el médico actuó según las reglas de su ciencia y en tal sentido no es un dependiente de la clínica. No obstante la dependencia existe en los aspectos administrativos. Y a este respecto el aval de la clínica representa un margen de tranquilidad dado por la mayor cobertura que la amplitud de su deber hace presumir frente a la responsabilidad circunscripta a una persona determinada.

Según la sentencia se trataba de una paciente de alto riesgo y en su historia clínica obraban constancias de una cesárea exterior y un cuadro de hipertensión. En el 85% de estos casos las mujeres son sometidas a una nueva cesárea por que lo contrario implica una mayor exigencia de trabajos de parto que deriva (como derivó en este caso) en la provocación del estallido del útero. La esterilización se practicó sin consentimiento del paciente y no era indispensable ya que existen métodos más modernos que hacen innecesario llegar a la esterilización de la paciente, a la que en el caso de haberle realizado cesárea se le hubieran evitado los daños causados. Según la cámara existió culpa de acuerdo al art. 512 CC ya que debieron promediar cuidados razonables e indispensables que no se acreditaron.

24/5/90 Calcaterra Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D: Un niño murió luego de realizársele transfusiones de sangre en el establecimiento asistencial luego de haber sufrido quemaduras de aceite. En su tratamiento participaron varios médicos. Pero ninguno de ellos controló las transfusiones ni asentó mayores datos en su historia clínica. Pudo establecerse que la historia clínica se hallaba plagada de deficiencias y omisiones. En el caso intervinieron más o menos directamente profesionales del hospital Pedro Elizalde. Por lo tanto se consideró que existía conexión física suficiente con el enfermo para tener por probado el nexo causal en su faceta más primitiva y por ende, la adecuación del factor de atribución. Se condenó a los médicos intervinientes por responsabilidad colectiva sustentada en el riesgo, ya que no pudieron hallar la forma de eximirse probando su no participación en el grupo ni que no fueron verdaderos causantes del hecho.

En relación al jefe del área de dicho hospital, que alegó que durante la operación no se encontraba presente en dicho establecimiento para revisar al paciente se consideró que el proceder de la autoridad alcanzaría también el período nocturno y aún el día si esta ejecutando otras tareas. Se determinó que el jefe del área médica comprometida debió

revisar al paciente y no lo hizo: si hubiera sido así se debería además haberlo hecho constar en la historia clínica, la cual estuvo además plagada de deficiencias y omisiones (surge del voto del Dr. Bueres)

Caso de **historia clínica incompleta**[59] El actor fue intervenido quirúrgicamente de una hernia inguinal (hernioplastia), a las veinticuatro horas de la intervención comenzó a sufrir dolores e inflamación del testículo derecho y 48 horas después se retiró del establecimiento con dolor e inflamación. Sesenta días después el dolor persistió y el testículo fue reduciéndose y la realización de estudios posteriores determinó que el enfermo experimentó la atrofia de ese órgano.

Se determinó que en principio incumbe al paciente la prueba de la culpa médica, sin bastar la mera infracción estructural para que quede acreditada la culpa, a menos que la ley establezca lo contrario, caso en el cual se desplazará la carga de la prueba hacia al demandado a efectos de que este pruebe su no culpa o caso fortuito.

Teniendo en cuenta el peritaje y el resto del plexo probatorio se determinó entonces la culpabilidad del médico ya que : 1) el paciente padeció artrofia testicular derecha. 2) dicha artrofia se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica (lo que dejó acreditada la existencia de causalidad física) entre el hecho y el daño) 3) la artrofia testicular no entraba en el riesgo quirúrgico, de donde si ello se produce existe una falla del cirujano. 4) la técnica quirúrgica no fue desarrollada con eficacia. 5) los exámenes de laboratorio fueron incompletos 6) la medicación suministrada no fue apropiada 7) la historia clínica estaba incompleta.

25/10/90 Favilla, Humberto/Pinñeyro, José y otro: Una niña es operada de un tumor en el maxilar en un hospital público. Para este tipo de patologías según la opinión generalizada en el ambiente académico científico, existen dos tipos de intervención quirúrgica a realizar.

A_ una cirugía de tipo conservadora, o abordaje intraoral.

B_ si el tumor se extendía demasiado: la extirpación del hueso donde se encontraba el mismo.

Se realizó la operación a la niña bajo el procedimiento quirúrgico B, y fue llevada a cabo por un profesional que no era el designado para esta tarea, que se avino a realizar la intervención ante las demoras del primero en presentarse a prestar el servicio. Además se había pautado que se realizaría la operación señalada en el apartado A, o sea una cirugía tradicional que no hubiera importado para este caso serias mutilaciones o resultados dañosos.

Cabe aclarar que la segunda alternativa debía llevarse a cabo si hubiera existido extrema urgencia o hubiera peligrado la vida de la menor, cosa que aunque para el ámbito medico académico es discutible en teoría, se determinó que en el caso no quedó demostrada tal urgencia.

Se condenó al profesional y en relación al tema estudiado se determino que de la historia clínica no resulta que se hicieran estudios para llegar a diagnósticos certeros en relación a la necesidad de la medida adoptada, lo cual habla de la negligencia que ha

promediado por parte del médico. Tampoco resulta de la historia clínica que hubiera habido un crecimiento rápido de la displasia o compresión de los órganos.

Nota de historia clínica sin fecha no fue confirmada por estudios que justifiquen efectuar sin demora una maxilectomía.

La primer alternativa terapéutica no hubiera impedido que se efectúe el segundo tipo de intervención quirúrgica de ser necesario posteriormente, la cual exponía a la paciente a riesgos colaterales mayores sin evidenciarse la urgente necesidad de realizarla. Esta operación implicó para la paciente una mutilación y no había estado de necesidad.

30/4/91 Martínez Carlos D. Suprema Corte de Bs. As.: En cámara se condenó al médico en base a lo que surgía de la historia clínica. A pesar de no reunir estas las características formales de una pericia (según el art. 255 Código Procesal Penal. De lo que se desprende que el juzgador le adjudicó a la historia clínica efectos periciales.

Según los argumentos de la defensa no pudo invocarse dicho instrumento como prueba, en el sentido de que adquiriera la historia clínica la misma fuerza de la que con la que cuenta un dictamen pericial. Según estos argumentos debía casarse la sentencia ya que no probándose la autoría mediante presunciones no es aplicable en el caso el art. 259 del Código Procesal Penal permitiendo inadecuadamente que las lesiones se acreditasen por vía presuncional (a través de la historia clínica).

En este caso (que fue sobre daños y perjuicios y no sobre responsabilidad médica, sin embargo se trata tangencialmente el tema de las historias clínicas y su valor probatorio para adjudicar responsabilidad): la actora había sido golpeada por un automóvil, cayó y quedó tendida en el piso durante un lapso y del hecho se extrajo la presunción de que el golpe le produjo un daño en el cuerpo. Posteriormente el director del Hospital Municipal Leónidas Lucero: informó que dos médicos de dicha institución atendieron poco después de producido el hecho a una mujer que presentaba las lesiones de las características de la denunciante, de lo cual infirió que esta habría sufrido un daño en su cuerpo.

Según el fallo (surge del voto del Dr. Ghione) las historias clínicas no son informes periciales, no por su forma ni por su contenido (este puede en todo caso acreditarse testimonialmente). A cerca del valor probatorio de la historia clínica asimilada a una prueba pericial se rechazó esta consideración [60].

12/5/92: Sica c/Entel Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala D surge de la historia clínica que de haber existido diagnóstico precoz de la enfermedad no se hubiera producido neurosis posterior.[61]

23/02/93 B.E.B. c/Estado Nacional (Fuerza Aérea Argentina): según este caso la historia clínica es un elemento relevante cuando se trata de determinar la existencia de responsabilidad del médico, máxime si es tenida como "muy importante" por el perito médico destacando que su ausencia dificulta la labor pericial, por lo tanto, el hecho de omitir la demandada el acompañar dicho instrumento a pesar de requerírsele esto reiteradas veces, la responsabilizan por los padecimientos sufridos por la accionante, al centrar sus agravios en la alzada en cuestiones insuficientes para rebatir el fundamento del fallo apelado que la condena[62].

24/3/94 Cámara en lo Civil y Comercial de San Nicolás. Romang Ciuza c/ Graziosi la historia clínica no es el simple relato, la decisión de una enfermedad aislada, comprende además el comentario, las consideraciones del médico al terminar de analizar al enfermo y valorar los datos recogidos según su criterio, debe ser clara, precisa, completa y metódicamente realizada. Comprobadas las irregularidades -omisiones e inveracidades- no puede ser utilizada para dar por cierta la estante información que contiene.[63]

29/9/94: G. De J., A. y otro c/ R.A- Cámara Nacional de Apelaciones sala J[64]. y otro: la historia clínica debe imperiosamente contener una descripción exacta de todos los estudios y análisis que se vayan practicando y, en el supuesto de que se arribara a una por acción quirúrgica, una descripción plena de todos los síntomas que aconsejaran practicarla"

En el mismo caso y respecto de las presunciones en contra que genere la confección deficiente de la historia clínica: "las omisiones en las anotaciones asentadas en una historia clínica deben ser valoradas en juicio como antecedentes contrarios a la posición del médico actuante en el acto quirúrgico, ello considerando que la exacta y veraz aportación de los datos demostraría acabadamente la existencia de cuadro que obligara a la realización e la intervención. Los profesionales de la medicina poseen el derecho de ampararse en una historia clínica veraz y completa. Asimismo deben soportar las consecuencias adversas que pueden extraerse en caso de resultar la misma deficiente, por cuanto las omisiones detectadas pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado. Acabadamente.

24/11/95 Cantero Zaracho c/OSPIT, Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Capital Federal[65] La falta de ciertos datos en la historia clínica no demuestra que el médico incurrió en mala práctica.

14/2/95 FHR y otros c/Instituto médico de obstetricia S.R.L. y otros, Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Capital Federal ·"Si bien el llenado defectuoso de una Historia Clínica no constituyen forma autónoma un supuesto de responsabilidad, los defectos u omisiones en su confección - ante la falta e toda prueba por parte del médico autorizan a extraer presunciones en su contra"[66]

28/12/95 Dimuro c/MCBA , Cámara Nacional Federal Civil y Comercial de la Capital Federal La ausencia y omisiones de la historia clínica no pueden sino perjudicar a quienes tienen el deber de confeccionarla y de asentar en ella todos los pormenores necesarios según la ciencia médica.[67]

30/4/96 ER c/Obra Social[68]: Se determinó que existía responsabilidad del sanatorio dados los defectos en la historia clínica. Dichos defectos obraban contra el instituto asistencial en el cual dicha historia fue confeccionada. Adoptar un criterio contrario hubiera colocado a la víctima en estado de indefensión, y dejado librada su suerte a discrecionalidad del demandado.

9/5/96[69]: "En virtud de la aplicación del artículo 1198 CC se condenó al profesional dado que se consideró a la historia clínica como un elemento útil para juzgar la conducta del médico En la medida en que su confección está encomendada a los

mismos autores de los actos luego juzgados. Y sus contenidos retrospectivos poseen con ellos mayor inmediatez que otros medios de prueba retrospectivos. La historia clínica debe interpretarse de conformidad con el detalle, la integridad y la continuidad secuencial de sus asientos. Las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, claros, enmiendas o defectos originan presunciones hominis desfavorables al médico a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarlas, la cual debe ser apreciada con criterio riguroso.

18/6/96 Coppola Irma F. c/Hospital Italiano, Cámara Nacional Federal Civil sala D[70]: .Allí se estableció que es una diligencia suficiente la participación de un oficial público en el secuestro de una historia clínica en la sede del demandado y en su presencia, además de ser suficiente garantía de que dicho medio probatorio no será alterado ni modificado ya que se trata de una medida cautelar probatoria (esto para el tema de hábeas data copiarlo.)

6/11/96 Navarro, José M. c/Obra Social del Personal de la Industria Textil Ospit y otro: Cámara Nacional Comercial Sala E[71] si no se imputa la aplicación de una técnica quirúrgica inapropiada ni una atención postoperatoria deficiente, los defectos en la confección de la historia clínica y la falta de auditoría médica por parte de la obra social carecen de **relación causal** con el daño (caso de impericia en el cierre del abdomen en tanto derivó una cicatriz antiestética por lo que no compromete la responsabilidad de la obra social referida). Resulta reprochable que una historia clínica no sea llevada con todos los requisitos de fondo y forma que requiere su importante finalidad, y es legítimo en ciertos casos formar una presunción en contra del facultativo, o el establecimiento asistencial que no respeta estos requisitos. No obstante no cualquier deficiencia basta para acreditar responsabilidad por mala praxis. Par hacer funcionar la responsabilidad contractual o extracontractual es imprescindible la concurrencia de todos los presupuestos, y **una historia clínica defectuosa no los contiene por el solo hecho de serlo**). En el caso no puede demandarse a la autoridad de contralor.

11/11/97 S. De C., M.A. c/Obra social del Poder Judicial de la Nación y otros: [72]En el proceso por mala praxis medica, el secuestro sorpresivo de la historia clínica documentación complementaria y eventuales anexos, constituye una medida preliminar de decisiva importancia para afirmar la necesaria primacía de la verdad jurídica objetiva. Ello así, pues con dicho secuestro se asegura un elemento probatorio de primer orden, debilitando toda posibilidad de modificación o mutilación de la misma.

30/6/98 S, A.J. y otro c/Estado Nacional y otro Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala I:[73] Las deficiencias de la historia clínica -su omisión desaparición o perdida de elementos- cuya custodia incumbe al nosocomio demandado, no puede redundar en detrimento del paciente debido ala situación de inferioridad n que éste se encuentra al efecto de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos que le incumbe al centro hospitalario. El profesional médico responde por las omisiones de la historia clínica, puesto que en caso contrario resultaría de su conveniencia no asentar en ella determinados actos.

10/5/99 R. A. c/Porcella Hugo y otros Corte Suprema de Justicia de la Nación[74]: La confección incompleta de una historia clínica constituye presunción en contra de la pretensión eximente del profesional. De otro modo, el damnificado por un proceder médico carecería de la documentación necesaria para concurrir al proceso en

igualdad de posibilidades probatorias. En el caso, la mayoría del tribunal considera inadmisibile el recurso extraordinario por aplicación del art. 280 del Código Procesal. (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Vázquez).

La historia clínica es un valioso elemento en los juicios en que se debate la responsabilidad del médico o del nosocomio, y sus imprecisiones u omisiones no deben redundar en perjuicio del paciente, dada la situación de inferioridad en que éste se encuentra y la obligación de colaborar en la difícil actividad esclarecedora que a aquellos incumbe. El valor probatorio de la historia clínica en los juicios en los que se debate la responsabilidad médica se vincula con la posibilidad de calificar los actos médicos realizados de acuerdo con estándares, a la vez que coopera para establecer la relación de causalidad que debe existir entre ellos y los eventuales daños sufridos por el paciente (del voto anteriormente citado).

La historia clínica es, desde el punto de vista médico, un documento en el que se deja constancia de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente. Desde el punto de vista jurídico, en cambio, es a documentación del deber de información que pesa sobre el galeno (del voto anteriormente citado).

El incumplimiento del deber de informar y de colaborar en el proceso, incurrido por el cirujano y el anestesista que confeccionaron una historia clínica que contiene severas irregularidades, permite trasladar la carga de la prueba hacia ellos, correspondiéndoles acreditar de manera fehaciente que no media culpa apta para generar responsabilidad de su parte (del voto anteriormente citado).

15/08/00 Bertoia, Juan A. c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nación[75]: Corresponde suspender el plazo para contestar demanda si la accionada se vio privada de acceder a documentación aportada por la actora en la cual sustentara sus afirmaciones -en el caso, historia clínica adjunta a un expediente reservado- y cumplimentar con ello el deber impuesto por el art. 356 del Cód. Procesal.

26/09/2000 CNCiv. Sala G: F.M. c/Colón [76]: La incompleta confección de historia clínica genera una presunción judicial de culpa que impone al establecimiento asistencial demandado la obligación de aportar pruebas en contrario par exculpara su responsabilidad.

Puede hacer promediar la responsabilidad de la clínica asistencial en virtud del deber de seguridad.

En la sentencia de primera instancia se condenó a la Clínica Colón S. A. Asistencial a indemnización por daños y perjuicios.

La actora presentaba un cuadro reiterado de endometriosis y concurrió a la clínica el 11/9/95 a la cual fue derivada por su médico de cabecera para realizarse una laparoscopia diagnóstica.

Previo a dicho acto se le aplicó anestesia general de tipo inhalatorio con ventilación traqueal y asistencia mecánica. La operación duró aproximadamente veinte minutos pero la paciente permaneció en el quirófano por una hora.

Fue derivada a la sala general con un cuadro confusional y estado de excitación. Seguidamente fue trasladada a terapia intensiva para un mejor seguimiento.

Se le efectuó una resonancia magnética que reveló una encefalopatía hipóxica como diagnóstico. Ante la falta de evolución se aconsejó traslado a otro centro asistencial de mayor complejidad.

Esto derivó en serias secuelas que reveló la pericia anestesiológica: no obstante no hallar elementos que den cuenta de lo acontecido en el lapso inmediato posterior a la intervención, (por ausencia del parte quirúrgico) se concluyó que la encefalografía guardaba relación con la falta de oxígeno que pudo afectar al paciente.

La demandada alegó que se juzgó en base a una causa exógena a la intervención o acto anestésico (y que la causa de la falta de oxígeno se debió al ayuno prolongado de la paciente no prescrito por los médicos actuantes en la intervención y el estado irascible que presentaba los días anteriores a la misma).

En cámara se rechazó estableciendo que para la determinación de la responsabilidad del médico la carga de la prueba incumbe a la actora. No obstante se determinaría la causa de la afección y si existió culpa o si le cabe responsabilidad al agente en su intervención.

Para determinar si existió causa se realizó una ponderación de lo que suele suceder, o lo que ocurre comúnmente de acuerdo al curso ordinario de la vida. Y en segundo lugar si era previsible para el sujeto. Y la circunstancia del ayuno no quiebra el nexo causal (además de no ser alegada en la demanda, tampoco hubiera sido suficiente si esta consideración hubiera sido tenida en cuenta a posteriori en el proceso).

En el caso no se advierte en la historia clínica la ficha de anamnesis de rigor, por lo tanto no se hace constar en las actuaciones el ayuno mencionado.

El médico interviniente se enteró por el padre de la circunstancia del ayuno e igual realizó la intervención. Luego declaró que la falta de alimentos puede provocar la hipoglucemia, que puede a su vez incidir en la evolución del paciente.

De la historia clínica no surge el interrogatorio a la paciente sobre esa circunstancia, por la que deberían haber postergado el acto quirúrgico.

En cuanto a la culpa, si la paciente ingresó a la clínica con una patología ginecológica sin problemas de tipo neurológico detectados, no es razonable que luego presentara un cuadro severo de ese origen, con secuelas de carácter definitivo. Ya que la paciente ingresó neurológicamente sana.

"Es bien conocida la trascendencia que revista la historia clínica como prueba primordial de los juicios de mala praxis para demostrar el proceder médico. Aquella consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, anteriores, personales, familiares y actuales relativos al enfermo que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad. Debe ser completo, permanente, lo que de suyo entraña una condición de calidad de los cuidados galénicos a la par que demuestra una

correcta asistencia facultativa. Si los datos que ella contiene están plagados de deficiencias, errores u omisiones, este hecho es imputable al médico, y suficiente para generar una presunción en su contra."

De la historia clínica analizada y la pericia anesthesiológica se desprende que no se consignaron estudios prequirúrgicos, exámenes de muestreo y complementarios exigidos por la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología.

El protocolo anestésico agregado luego como prueba, a pesar de su minuciosidad tampoco consignaba los estudios prequirúrgicos. Surgen omisiones de anotaciones de despertares tardíos, en que la paciente luego de cuatro horas de la operación despierta presentando excitación psicomotriz que indicaba depresión de la conciencia y puede eso asociarse a las complicaciones post quirúrgicas, que no fueron debidamente detectados y controlados.

Los informes paramédicos no satisfacen las cargas impuestas al facultativo.

De autos también surge que la espera para adjudicar una habitación no implica una excusa para eximir de control al facultativo, al cual se le atribuye una falta al no haber verificado factores trascendentes para el correcto seguimiento de la evolución de la paciente que de haber sido realizados hubieran demostrado la necesidad de administrar oxígeno, de forma suplementaria, práctica que no consta como efectuada en la historia clínica.

Aun cuando no se pueda demostrar la culpa las constancias de la historia clínica marcan que ha existido negligencia por haberse omitido cuidados periódicos exigibles según la naturaleza de la cirugía realizada.

Quedando acreditada la negligencia médica y el nexo de causalidad entre ésta y el resultado la responsabilidad de la clínica surge evidente.

Los rubros reparados se circunscribieron a daño estético, moral, incapacidad, psicológicos, gastos, pérdida de la chance.

04/09/2001: P., S.R. y otros c/Clínica Bazterrica S.A. y otros Corte Suprema de Justicia de la Nación[77]: Configura sentencia arbitraria que torna procedente el recurso extraordinario la que rechazó una demanda de daños y perjuicios por mala praxis médica al no tener por probada la falsedad ideológica de la historia clínica pese a su confección en un solo acto escritural, pues dicho documento debe redactarse con las indicaciones horarias pertinentes, de modo que sus asientos permitan seguir la evolución del paciente y sirvan como documento hábil para probar los extremos invocados por las partes (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo).

Afecta la garantía de la defensa en juicio la imposición al actor de la carga exclusiva de acreditar el carácter incompleto e irregular de la historia clínica -en el caso, sostuvo su falsedad ideológica por estar confeccionada en un solo acto escritural, sin las interrupciones que señalan las indicaciones horarias-, pues la naturaleza de las cuestiones traídas en el proceso por mala praxis médica requieren una diferente interpretación acerca de quién tiene la carga de la prueba.

La constancia documental que emana de la historia clínica es una prueba sustancial en casos de mala praxis médica, que la convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución del litigio, pues permite observar la evolución médica del paciente y coopera para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño.

Cabe apartarse del principio por el cual las cuestiones de hecho, prueba y derecho común son ajenas al ámbito del recurso extraordinario federal, si la sentencia impugnada no tuvo por acreditados los extremos que había invocado el actor - confección irregular de la historia clínica-, pese a las inequívocas presunciones emanadas de las constancias probatorias -en el caso, redacción en un solo acto escritural, sin indicaciones horarias que permitieran seguir la evolución del paciente-

Como elemento de prueba

La historia clínica y los distintos medios probatorios. Antes que nada debemos referir que este documento no es en sí mismo un medio probatorio sino que es una fuente y un objeto de prueba que integrado con otros confluyen y coadyuvan a su plena producción.[78]

Como hemos visto en el punto anterior, la jurisprudencia en relación a este punto ha sabido otorgar a la historia clínica en ciertos casos un trascendente valor probatorio y en otros un valor menos relevante.[79]

Aclarado esto, y comparando la naturaleza de la historia clínica en su carácter documental con los medios probatorios, partiendo de la base de que por sí sola no es susceptible de producir una prueba contundente sino es complementada con otras probanzas, entiendo que no obstante no ser un medio de prueba en sí mismo, por tratarse de un documento complejo, participa de los caracteres de la prueba documental, y simultáneamente de los de la prueba informativa[80], producto esto de la necesidad de su archivo en establecimientos sanitarios, además de contribuir a poner claridad en los análisis periciales de los cuales es complementaria. No obstante lo antedicho cabe aclarar que carecerá del valor de una confesión o un testimonio y no tendrá en per sé el valor de un peritaje[81]. También debo aclarar para evitar confusiones que en lo relativo a los modos de acceso a una historia clínica real referirnos al pedido de secuestro de esta nos estamos circunscribiendo a otro problema que es el de los tipos de medidas que está en poder del juez tomar para impedir la desaparición u ocultamiento de la prueba al momento de su producción, lo cual ha sido perfectamente categorizado por la doctrina dentro del ámbito de las medidas anticipadas o diligencias preliminares procesales. Hablamos aquí de un modo de protección del elemento que integrará la prueba y no de la naturaleza del elemento estudiado[82].

A la incógnita de si la historia clínica puede tenerse en cuenta como prueba de la relación médico paciente, la respuesta que surge de todo lo estudiado es que si bien la historia clínica no participa de los caracteres del contrato o relación jurídica asistencial, y en ella muchas veces no figura el expreso consentimiento del paciente relativo a todos los actos médicos efectuados durante dicha relación, el labrado de este documento, al ser coetáneo con la primer consulta realizada por el paciente al acudir al

servicio del médico, hacer que dicha primer consulta refleje al menos la fecha del inicio de dicha relación y las condiciones actuales (o sea al momento de acudir al tratamiento) en que el paciente se encontraba, por lo tanto estimo que no puede equipararse la historia clínica a la categoría de los actos jurídicos negociales pero esto no impide que nos sirva como referencia para conocer el punto de inicio o génesis de la relación médico paciente (aunque mas no sea como dato cronológico).

Como prueba del consentimiento informado con su respectiva extensión: Con respecto a esta cuestión, debo decir que tampoco puede considerarse a la historia clínica como una prueba del pleno consentimiento (o sea del consentimiento amplio para todos los actos referidos a la actividad terapéutica a lo largo de la relación médico paciente, ya que como dijimos la historia clínica no es un contrato sino un documento unilateral) [83]. Aquellas firmas que el paciente suscribe en la historia clínica no representan el consentimiento que perfecciona el contrato el cual es tácito e informal (salvo que las partes realicen otro procedimiento a los fines de plasmar sus derechos y obligaciones en un documento escrito). Estas firmas se requieren a los fines de autorizar actos médicos puntuales como por ejemplo otorgar la conformidad para concretar una operación. Por esto debemos diferenciar el consentimiento de la conformidad (el cual es más específico y tiende a habilitar un acto médico determinado). Ahora bien, podemos hallar una historia clínica plagada a lo largo de sus secuencias de actos den los cuales el paciente haya prestado su conformidad a requerimiento del facultativo., en este caso podremos inferir que ha promediado también la voluntad de otorgar el consentimiento y esto nos permitirá conocer que los límites de la extensión de ese consentimiento se circunscribieron exclusivamente a esos actos para los cuales se presto conformidad, y actos accesorios a los mismos, pero no a otros de distinta naturaleza y con otras finalidades, los cuales de ser efectuados sin haber concurrido la voluntad del paciente mediante una nueva conformidad puntual y específica, se considerará que el médico ha realizado actividades para las cuales no estaba habilitado, y estará en el probar que dicha realización, redundaba en beneficio del paciente y que hubiere sido peligroso para su salud revelárselo, promediando además la prueba de que sus familiares o representantes legales habían sido notificados de esto y lo consintieron.

Como prueba de la relación causal: como hemos visto en el análisis de casos jurisprudenciales, afirmativamente la historia clínica funciona como elemento de prueba de la relación causal y su desarrollo, toda vez que sus inscripciones permiten la reconstrucción de dicha relación causal en forma retrospectiva, tanto al juez como al perito o sus auxiliares[84]. Puedo decir, que esta afirmación se corrobora siempre que en dicha historia clínica sean registrados los actos componentes de la cadena causal en tanto que actos positivos.

La discusión se plantea en torno a si las omisiones (parciales) en una historia clínica o la falta de este documento (acto omisivo total aduciendo por ejemplo su pérdida o destrucción) configuran una prueba de la relación causal, y la respuesta es mayoritariamente negativa, a pesar de ser la historia clínica una fuente de prueba ante estas falencias u omisiones estamos frente a indicios que tendrán un valor probatorio presuncional. Notemos que en el fallo aquí citado a pesar de otorgar a la historia clínica una alta entidad en materia probatoria queda aclarado que las falencias u omisiones que se desprenden de ella tendrán tan solo este carácter (indicial).

Me permito discurrir acerca de esto y disentir en un punto donde encuentro una excepción al caso de las omisiones con carácter únicamente presuncional. Se me ocurre el supuesto en que la omisión en sí misma (además de considerarse como acto disvalioso para el orden jurídico desde el punto de vista de la falta de diligencia imputada al médico), integra la cadena causal produciendo como resultado un hecho dañoso que debe ser resarcido. Encontramos un ejemplo en casos en que la misma omisión (la gramatical) forme parte de la acción (en sentido pasivo o negativo) que determina la casualidad, acción que contribuye a dirigir la cadena causal al resultado disvalioso, por ejemplo que la no constancia de un dato en la historia clínica prive a otro facultativo en caso de una interconsulta de la posibilidad de conocer temas de interés para el tratamiento de la dolencia ante el llevada.

Naturalmente que por una cuestión de simplificación para la unidad de criterios ante estos problemas se ha optado por el primer criterio acerca de las omisiones teniéndolas en cuenta como presunciones contrarias al actuar negligente del médico prefiriendo no trasladar esta idea al ámbito de la causa como presupuesto distinto del factor de atribución subjetivo. Entiendo que esto se debe a la dificultad de establecer cuando una omisión puede hacer parte de la acción en sentido negativo y quedar comprendida dentro de la cadena causal. Esto es comprensible máxime si nos tratamos de figurar cual es el primer interrogante que se nos plantearía ante este problema, muchos dirían ¿cómo es posible que algo que no está presente forme parte de la causa? Y que de haber estado presente desde un punto de vista gramatical, ¿hubiera evitado el resultado dañoso?.

Me refiero a este punto con este grado de insistencia dado que creo que no es lo mismo a los efectos eventuales de la estimación del quantum de una indemnización, basarnos en la idea de presunciones de culpa, u omisiones como hechos de la realidad de cuya manifestación se desprende de manera inequívoca que el que ha sido sindicado culpable o a quien le haya sido atribuido el hecho es quien se afirma que es verdaderamente. En mi opinión, la pregunta de si al juez esta idea de que se ha basado para establecer la verdad en una mera presunción no lo condiciona previamente al momento de fijar la indemnización ante la conciencia de que se ha apoyado en elementos indiciales, en la imposibilidad de establecer categóricamente la verdad de los hechos para fijar montos mas reducidos, como bien se ha explicado ya en uno de los fallos traídos a esta investigación.[85].

Queda claro que no me refiero a la mera ausencia gramatical sino a un caso manifiesto de identidad entre dicha ausencia y la omisión material de un dato relevante relativo a la concreta patología padecida por el paciente, y que, como es natural, obliga al médico a su registro.

Supongo que la mera ausencia gramatical no puede tener entidad entonces para formar parte de la relación causal en principio, pero que si simultáneamente asimilamos dicha ausencia gramatical a una omisión de entidad que intervenga de forma disvaliosa en el íter causal, y a un tiempo, dicha ausencia de registros se traduce en parte de la causa dañosa, ¿por qué no considerar entonces dicha omisión en la historia clínica como prueba de la causa del daño?. Creo que en este caso estaríamos también satisfaciendo criterios de justicia más que objetivando las presunciones acerca de la existencia de causa.

Puede advertirse entonces que podríamos situarnos en dos posiciones distintas según sostengamos o no lo anterior, considerar la omisión gramatical y el hecho de la omisión como dos actos distintos o bien, como un acto único con dos características una de índole gramatical y otra de índole fáctico con sus respectivas incidencias. Y aún así tal vez a los efectos prácticos esta distinción no tendría ningún sentido.

Como prueba de la culpabilidad del médico por omisión de sus deberes: aquí no tenemos dudas de que tanto los errores de las constancias de la historia clínica como las misiones en la misma sindicarán al médico como responsable, las primeras como prueba positiva de la acción, las segundas como presunciones en contra del médico, considerando que la ausencia de anotaciones hacen tener al facultativo por no diligente en relación a los recaudos mínimos que debe tomar durante la atención médica, (que además refleja que la calidad de atención ha sido incorrecta). Como hemos visto en el desarrollo y sistematización de jurisprudencia, toda omisión en las anotaciones clínicas conducen al mismo resultado y consecuencias jurídicas negativas para el galeno, ya que las presunciones en su contra, tienen el fundamento de llevar al juez al convencimiento de que en una etapa posterior a la de finalización del contrato con el paciente (o sea en la etapa judicial el médico no ha tenido una actitud colaborativa para contribuir con la justicia al descubrimiento de la verdad de los hechos).

Conclusiones.

Hemos llegado a la conclusión, de que la historia clínica refleja la evolución del paciente a lo largo del tiempo y además refleja circunstancias sobre el comportamiento de ambas partes a lo largo de las etapas de esa relación por eso es un importante elemento probatorio.

Para la jurisprudencia del ámbito nacional, es indispensable que esta prueba vaya acompañada de otros elementos (probanzas tales como la testimonial, pericial u otras), aunque hemos podido verificar, que, en casos en que ofrece suficiente nivel de detalle, además de funcionar como eximente de la responsabilidad médica, adquiere un valor probatorio casi tan importante como el propio dictamen de peritos. Lógica es, la influencia sobre estos elementos de la labor hermenéutica del operador jurídico, y en especial, la sana crítica).

En mi opinión, que adelanté en la primer aparición de este texto que ahora se amplía, resulta inclusive útil al interior del test de responsabilidad, cuando refleje manifiestas omisiones que desde el punto de vista médico puedan indicar una falta de diligencia en su adecuado registro, su ausencia plena, o pérdida por causas plenamente imputables al médico o establecimiento encargados de su custodia, indicarán también la concurrencia de responsabilidades si promedian todos los requisitos, y claro, si la disponibilidad del documento o los datos contenidos en él, eran imprescindibles para el seguimiento del paciente.

Como es natural, si la omisión tiene entidad para generar la producción de un daño jurídico, es decir jurídicamente indemnizable, aún siendo la contracara de la acción, y aún cuando resulte más dificultoso el examen de la relación causal a la luz de una omisión, por ausencia de intervención, no podemos dejar de lado, los intentos, de unir,

al juicio de causalidad, las representaciones posibles (ex ante y ex post) sobre las repercusiones del actuar omisivo en el curso causal, y por ende, en el resultado dañoso.

De los elementos de la responsabilidad, es claro que, combinado con otros medios de prueba, sirve al esclarecimiento de la existencia de culpa, una vez que hubimos realizado un juicio de prognosis, y que de dicho juicio encontremos que la omisión en el acto de registrar las contingencias de la enfermedad, o que su registro defectuoso llevasen al juez, a la convicción de que la circunstancia de no contar con historia clínica o bien con una historia clínica incompleta o deficiente influyó en el resultado del acto médico con repercusiones de carácter disvalioso.

La hipótesis que tomé para trabajar podría subdividirse a su vez en varias subhipótesis, lo cual tal vez explica por qué me he extendido en algunas consideraciones sobre lo que estimé era necesario para llegar a una comprensión mas acabada de este tema y poder agotarlo en toda su extensión. Sin embargo quedan muchos interrogantes por contestar a medida que vamos avanzando en el desarrollo del trabajo de investigación.

Aclarando como he dicho en el punto anterior que no significa que la historia clínica sea un medio de prueba categórico y que debe estar complementado con otros elementos, como la pericia, testigos etc. A lo cual agregó y reitero que participa de los caracteres de la prueba documental e informativa.

Se confirma aunque creo que parcialmente la pregunta acerca de si funciona como prueba de la relación médico paciente, aunque mas no sea entonces a modo de huella o indicio, plasmado en dicho documento de la fecha en que la relación dio comienzo, por el hecho de que el documento se labra de manera contemporánea al inicio de la relación. La unilateralidad que caracteriza a los aspectos esenciales del instrumento clínico, privativo del facultativo exclusivamente, nos impiden realizar mayores elucubraciones sobre la prueba de la relación médico paciente en el tiempo, prueba que dependerá de otros elementos aportados con la demanda, entre otros y de especial importancia resulta el informe pericial.

También se confirma parcialmente la hipótesis en el sentido de que la historia clínica funciona indirectamente como prueba del consentimiento informado ya que son documentos absolutamente diferentes y autónomos, si bien en la historia clínica podemos encontrar un hilo conductor hacia el consentimiento informado y la interpretación del mismo. Podría inferirse que para cada acto medico, haya prestado o no conformidad el paciente, en principio ha promediado su consentimiento para dicha realización. También deberá estarse en relación a esto a los pormenores que plantee cada caso concreto. Ahora bien, por oposición, la historia clínica puede servirnos como prueba de la responsabilidad médica si se registrase en ella una patología no prevista entre los riesgos que se detallan en el consentimiento informado cuando se otorga por escrito, práctica actualmente extendida en los servicios asistenciales públicos en España, y en los centros médico privados. Y me refiero a que si en el consentimiento informado, no se hace una relación de determinados riesgos y aparecen en la historia clínica registrados como consecuencia inmediata del tratamiento prescrito por el facultativo, contamos entonces con un elemento importante, que contribuye a inclinar la balanza a favor de la prueba de la responsabilidad por negligencia, que podremos reforzar con otros medios probatorios.

Ahora bien, podemos verificar que la historia clínica permite la reconstrucción de la cadena causal siempre que se registren en ella todos los actos médicos de forma positiva, (no omisiva), y se torna de difícil solución la cuestión acerca de si las omisiones en la historia clínica pueden comportar pruebas que indiquen que esto ha incidido en la relación causal.

Podemos clasificar la jurisprudencia en dos etapas, la primera en donde sólo podemos tener en cuenta a las omisiones, como presunciones de culpa en contra del facultativo, y no presunciones de causa, por no permitirles la interpretación jurisprudencial del conjunto del sistema de responsabilidad por culpa.

En la segunda etapa de análisis jurisprudencia, desde 2005 en adelante, compruebo que se ha incorporado a algunos casos judiciales la interpretación que ofrecí al respecto en el VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, organizado en 2001 por la Asociación Argentina de Abogados, ya que una presunción, eventualmente puede probarse, comprobarse y devenir en prueba categórica, aunque se trate de actos de omisión de los cuales sabemos que la producción de prueba de los mismos es mucho más engorrosa.

En todo caso se confirma el punto de mi hipótesis que refiere a que la historia clínica es elemento probatorio del actuar culpable del médico, tanto en casos en los cuales las anotaciones pongan de manifiesto errores como en caso de omisiones que serán tenidas por presunciones en contra del facultativo, criterio que estimo útil al momento de juzgar acerca de la magnitud con que puede influir el incumplimiento de la obligación del profesional médico, de documentar las vicisitudes relativas a la enfermedad y que hacen parte, como hemos dicho de la biografía personal y el mapa vital, con lo cual los nuevos criterios de doctrina jurisprudencial que el operador jurídico tendrá a disposición, resultan más modernos y adecuados a los tiempos que vivimos, y su incorporación razonable a cada caso concreto puede ser recibida con beneplácito.

Con respecto a la historia clínica, y sus formalidades si bien no es un tema discutido estimé necesario exponer consideraciones varias ya que entiendo que no es prudente dejar este aspecto medico - documental, sin regulación en el ámbito nacional, dado que las formalidades en el caso quedaran al arbitrio del medico, y el examen de su conducta eventual a la libre apreciación o discrecionalidad del juzgador de acuerdo a la sana crítica, tanto con respecto a hechos positivos en relación a ella como a hechos omisivos que formaran la prueba de presunciones.

Bibliografía:

Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos 2ª Edición, Editorial Hammurabi.

Pizarro , Daniel: Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de la cosa - Editorial Universidad.

Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

Llanvías, Jorge Joaquín Tratado de derecho civil - Editorial De Palma - Buenos Aires, Capítulo sobre responsabilidades profesionales.

Lorenzetti, R., Responsabilidad Civil de los médicos, Rubinzal Culzoni, TII páginas 266-271

Guersi, Carlos - Responsabilidad por prestación médico asistencial- Hammurabi, Buenos Aires, 1992, Capítulo IV

Rodriguez Jordán, Marcelo - Mala Práxis Médica - Editorial Universidad Argentina - Buenos Aires, 1998, Capítulo II.

Doctrina y jurisprudencia al pie de las páginas respectivas.

Bibliografía adicional al pié de las páginas respectivas.

[1] Me permito hacer una disquisición de tipo filosófica en lo que respecta al tema del tiempo, y me tomo esta licencia dado que este tema, en la medida en que está relacionado íntimamente con la vida y su valor (valor trascendental), y por supuesto con la salud y por ende la dignidad humana, tomará una coloración diversa en la medida en que la concepción filosófica, principalmente ontológica, de cada sujeto va determinando las motivaciones de sus actos a lo largo de su existencia, cuyas consecuencias afectarán a su prójimo. Entre los sujetos como profesionales también por supuesto se encuentran los médicos (con su concepción propia acerca de lo que el tiempo significa). Aclaro entonces que cuando hablo de la calificación del tiempo por el ser humano según los casos, no significa que no considere al tiempo como una unidad, que trasciende al individuo cuya vida temporal es materialmente finita. Y advierto la relevancia que adquiere la prueba de la responsabilidad para la delimitación de la intervención del galeno en el acto médico. Será necesario representarnos exclusivamente una secuencia del tiempo circumscripita únicamente a esa relación y poder visualizar sus efectos: pensemos por ejemplo en supuestos en los cuales intervenga más de un profesional de la salud: En estos casos también es de suma utilidad la historia clínica, allí queda plasmada la secuencia pasado, presente, futuro de manera particular, y junto con las demás probanzas refleja los cuidados que el médico ha prestado, y si se quiere, se desprenderá de la misma cómo se ha predispuesto el profesional, y la categoría que le ha adjudicado él mismo, a su propia responsabilidad, en relación a la finitud de la que he hablado, cuya prolongación también está en sus manos.

[2]Para la medicina primitiva, entre los asirios, babilonios y egipcios, y aún en el caso de las comunidades indígenas de América Latina, se evidencian una serie de características comunes: Las enfermedades son castigos enviados por una deidad, casi siempre por la violación de un tabú o de alguna ley religiosa, o bien son causadas por brujos o hechiceros, pero en todo caso se trata de fenómenos sobrenaturales; tanto el diagnóstico como el tratamiento de las enfermedades requieren medios y ritos igualmente mágicos o religiosos; los personajes encargados del manejo de los pacientes

son sacerdotes, brujos o chamanes, que con frecuencia funcionan como las tres cosas, a veces simultáneamente.

En ausencia de medidas terapéuticas que realmente las modifiquen, muchas enfermedades revelan una historia clínica característica, cada una con un principio más o menos definido, diversas manifestaciones clínicas sugestivas o hasta diagnósticas, evolución variable pero frecuentemente predecible, y un final propio, que varía desde curación habitual hasta muerte inevitable. Al conjunto de fenómenos propios y a la evolución espontánea de cada enfermedad se les conoce como su historia natural. Su relación con la eficiencia de la medicina primitiva es que, por su historia natural, muchas enfermedades tienden a curarse espontáneamente, con frecuencia a pesar de lo que se intente para acelerar su evolución favorable requiere con frecuencia que el paciente esté informado de los objetivos de las medidas terapéuticas a las que se somete, pero también puede observarse en sujetos inocentes de lo que les ocurre. Con frecuencia el enfermo azteca no tenía conciencia de haber violado alguna ley o mandamiento religioso, o no sabía bien cuál era la deidad que había ofendido con su comportamiento, y entonces la consulta con el médico o ticitl incluía no sólo el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad, sino también la identificación del dios enojado. Esto era muy importante, porque los ritos sacrificios y exorcismos eran diferentes para los distintos dioses. (Enciclopedia Salvat de Historia de la Medicina)

[3] Llanvías, Jorge Joaquín Tratado de derecho civil - Editorial De Palma - Buenos Aires, Capítulo sobre responsabilidades profesionales.

[4] Sobre teorías paternalistas y autonomistas ver: Bueres, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos 2ª Edición, Editorial Hammurabi. Capítulo sobre la relación de causalidad.

[5] Y al decir antiguamente me refiero igualmente a la etapa del advenimiento de la medicina científica y no a la etapa primitiva, donde a pesar del carácter mágico religioso de la relación medico paciente existía algún grado de comunicación o estrechez del vínculo entre el mago, hechicero o sacerdote y la comunidad.

[6] Esta es una consecuencia lógica de la entidad que tienen socialmente las ciencias naturales, positivas, que entienden el conocimiento de la realidad como un objeto de estudio, un objeto a aprehender, lo cual trae aparejada una despersonalización en la relación, lo cual implica que deba reformularse esto desde la formación académica del médico, formación que debe permitirle tener en cuenta que no se halla frente a un objeto de estudio que puede cosificarse: su rol social es aún más trascendente que el de contribuir a hacer efectivos y aplicables los avances de la ciencia, sino a mejorar constantemente la calidad de vida de los sujetos que a él acuden.

[7] Llanvías, Jorge Joaquín Tratado de derecho civil - Editorial De Palma - Buenos Aires, Capítulo sobre responsabilidades profesionales.

[8] Enrique de la Vega, La historia clínica: Abc del acto medico. No consultado, citado por, Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[9]No obstante, aunque el objetivo primordial de dicho documento es el asistencial, no pueden ni deben obviarse otros aspectos extra asistenciales de la historia clínica:

a.- Docencia e investigación: a partir de las historias clínicas pueden realizarse estudios e investigaciones sobre determinadas patologías, publicaciones científicas, llegándose incluso a tener en cuenta el derecho sobre la propiedad intelectual de aquel facultativo que la haya redactado.

b.- Evaluación de la calidad asistencial: la historia clínica es considerada por las normas deontológicas y por las normas legales como un derecho del paciente derivado del derecho a una asistencia médica de calidad. Puesto que se trata de un fiel reflejo de la relación médico-paciente así como un registro de la actuación médico-sanitaria prestada al paciente, su estudio y valoración permite establecer el nivel de calidad asistencial prestada.

c.- Administrativa: la historia clínica es elemento fundamental para el control y gestión de los servicios médicos de las instituciones sanitarias.

d.- Médico-legal: Elemento de prueba en los casos de responsabilidad médica profesional: tiene un extraordinario valor jurídico en los casos de responsabilidad médica profesional, al convertirse por orden judicial en la prueba material principal de todos los procesos de responsabilidad profesional médica, constituyendo un documento medicolegal fundamental. En tales circunstancias la historia clínica, es el elemento que permite la evaluación de la calidad asistencial tanto para la valoración de la conducta del médico como para verificar si cumplió con el deber de informar, de realizar la historia clínica de forma adecuada y eficaz para su finalidad asistencial, puesto que el incumplimiento de tales deberes también constituyen causa de responsabilidad profesional.

· Testimonio documental de ratificación y/o veracidad de las declaraciones sobre actos clínicos. No obstante su valor testimonial la incluimos en la categoría de pruebas documentales, ya que la referencia al testimonio no puede más que referirse al valor de tal precedente. La prueba testimonial en nuestro Código Procesal está circunscripta como su nombre lo indica a la prueba de testigos.

· Instrumento de dictamen pericial: elemento clave en la elaboración de informes medicolegales sobre responsabilidad médica profesional. El objeto de estudio de todo informe pericial sobre responsabilidad médica profesional es la historia clínica, a través de la cual se valoran los siguientes aspectos: enumeración de todos los documentos que la integran, reconstrucción de la historia clínica, análisis individualizado de los actos médicos realizados en el paciente, personas que intervinieron durante el proceso asistencial, etc.

[10] Así sucede en el estado de California, Estados Unidos, donde para solicitar frente a ciertos organismos una copia de la historia clínica, se debe abonar un arancel previamente.

[11] Vázquez Ferreyra, Roberto Juris

[12] Decir en conjunto, implica decir el médico proponiendo los tratamientos y alternativas posibles y buscando siempre la aquiescencia del paciente.

[13] Pizarro, Daniel Ramón. Responsabilidad civil por riesgo o vicio de la cosa. Capítulo sobre historia de la responsabilidad.

[14] Sobre esto me permito otra observación, aquí se pone de manifiesto que la doctrina reconoce que entre ambos tipos de responsabilidad sí radica una diferencia de esencias (en términos aristotélicos la diferencia estaría dada en la causa (causa eficiente) de ambas obligaciones, sucede que la causa eficiente, ya sea contractual o extracontractual, actúa atraída por un fin, (causa fin). Estimo entonces que la doctrina a través de esta idea de unificación ontológica atiende a un principio de justicia (en el cual reside dicha finalidad) con la intención de dirigir las consecuencias de ambas causas originarias concentrándose en la eventual reparación del daño (más allá de cualquier tipo de obligación (cuya fuente sea contractual o bien extracontractual)). Esto porque si mantuviésemos la diferencia subsistente, podríamos llegar a consecuencias disvaliosas que podrían derivar en la no reparación de un daño ante la imposibilidad de probar la culpa, incurriendo en un injusto. Por lo que la doctrina ha elegido superar la disquisición, a través de esta unificación ontológica (si hablamos de ontología del fenómeno hablamos en definitiva de que tiene un ser propio y que responde a una esencia), en pos de satisfacer ese principio de reparación de todo daño que acaezca. Se centra así el fenómeno en el elemento daño y opera la idea de reparación por sobre todas las cosas (tanto bajo los presupuestos de la responsabilidad contractual como extracontractual que son idénticos a tales efectos).

Digo esto porque si hablásemos de que promedia una construcción jurídica deliberada estaríamos negando que hay diferencias de esencia afirmando que la diferencia es meramente de regímenes, cuando la diferencia dada por la realidad existe y fue percibida por la ciencia jurídica que así la ha clasificado.

La diferencia está en las características de la causa fuente, dada por la realidad de los hechos, los cuales el hombre de derecho vino a clasificar para asignarle efectos que le son propios (siempre atendiendo a un sentido razonable de justicia).

Si entiendo, que es posible que esta diferencia de regímenes se suprima en el campo de la responsabilidad médica, o se abstraiga a través de la utilización por ejemplo de presunciones, para satisfacer principios de seguridad o equidad ante la desigualdad existente entre las partes intervinientes de la relación.

Sí hablamos de una mera construcción jurídica y su consiguiente utilidad práctica (suscribiéndonos a una posición nominalista o positivista), corremos el riesgo de hacer a un lado, ese sentido de justicia que debe ser el horizonte del jurista, en función de ese pragmatismo. En este caso estimo que hablar de reconocer las esencias (como realidades integradas a las cosas y suprimir las diferencias de esencia para atender a un sentido de justicia desde una visión aristotélica) es bastante apropiado (teniendo en cuenta que nuestro tema de estudio tiene tanto que ver con la realidad, la naturaleza y la vida). Me permito extenderme entonces ya que creo firmemente que la posición filosófica que adopta un jurista refleja de manera palmaria el tipo de orden jurídico al que aspira y en sus argumentaciones todo jurista deberá entonces mostrar el mayor grado posible de coherencia sin suscribirse anticipadamente a una posición u otra, sin

antes haber indagado en sus propias convicciones y aspiraciones acerca de lo que es justo y lo que no lo es.

[15] Definición que da el Diccionario de ciencias médicas Salvat. No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[16] Carta de derechos y deberes de los pacientes, del Plan de humanización de hospitales del Insalud (España) No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[17] Sentencia número 8 del 18 de marzo de 1991 juzgado Civil número 23 de Montevideo, citado por Dora Zafir y Beatriz Benturini en Responsabilidad médica en el Mercosur, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997 p 245 No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[18] Gherzi, Carlos. Responsabilidad por prestación médica asistencial. No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[19] Adorno, Luis O. Responsabilidad civil médica. Deber de los facultativos. Valor de las presunciones judiciales. Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos. JA- 1990- II- 76. No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[20] Albanese, Susana - Zuppi, Alberto: Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial. LL 89 - 754 No consultado, citado por Vázquez Ferreyra, Roberto - Derecho médico y mala praxis - Editorial Juris, Rosario, Santa Fe

[21] Yungano López Bolado, no especifica cita, citado por Gherzi Carlos, en Responsabilidad médica, Editorial Astrea.

[22] No especifica cita, citado por Gherzi Carlos, en Responsabilidad médica, Editorial Astrea.

[22] No especifica cita, citado por Gherzi Carlos, en Responsabilidad médica, Editorial Astrea

[24] · Criado del Río M^a T; Seoane Prado J. Aspectos medicolegales de la historia clínica, Madrid, 1999. -- Aulló Chaves M; Pelayo Pardos S. Responsabilidad legal profesional: la historia clínica. Madrid, 1997.

[25] Debemos discriminar a los efectos de considerar los aspectos formales de la historia clínica entre el continente (soporte en el cual se labra) de la misma y el contenido.

[26] En este ámbito tenemos una norma directriz específica que habla sobre los documentos para casos de personas disminuidas psíquicamente, la ley 22914 de 1983 art. 7, para personas afectadas por enfermedades mentales, alcohólicos crónicos y toxicómanos, pero que nunca se ha respetado a pie juntillas.

[27] La Recomendación 5a, de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que desarrolló la Convención Europea sobre el Tratamiento Automatizado de Datos Personales, indica que el médico puede limitar el derecho de acceso del paciente a su propia historia clínica si el conocimiento de la información es probable que cause un daño a la salud del afectado o si la información sobre el afectado revela también información sobre terceros.

[28] Algunas premisas para ser tenidas en cuenta en relación a la posibilidad de informatización es que se debe mantener intacto el soporte papel sin ser desechado, todo lo cual indica que el soporte informático en principio es un complemento del soporte papel. A los fines de la agilización de las tareas administrativas se debe buscar la informatización de la historia clínica tratando de abarcar todos sus aspectos. Además: el sistema empleado debe aportar algún valor añadido a todos los actores que lo implementen, lo contrario generaría resistencia del personal a aplicarlo. No debe suponer grandes cambios conceptuales en los modos habituales de trabajo. Debe simplificar las tareas administrativas. Los datos se consignarán una sola vez y serán introducidos por quien los genere, utilizando un software que permita su identificación posterior.

Sugerencias de quienes ya han implementado este sistema se refieren especialmente a que debe dotarse a la historia clínica informática de una estructura mínima tomándose como modelo a las historias clínicas manuales.

[29] Esto se haya íntimamente ligado al tema del caso de las interconsultas.

[30] Vázquez Ferreyra, op. cit.

[31] En Vázquez Ferreyra, Op. Cit.

[32] Carlos Ghersi, op. cit.

[33] Carlos Ghersi, op. cit

[34] JA- 25/9/91

[35] LL 1991 D 469

[36] Juris 87-168

[37] E.D. 152 214

[38] Juris -101

[39] Quienes apoyan que la historia clínica es del paciente se basan en: a) El paciente es la fuente de información, aportando su propia información y su persona; b) Tiene el derecho al acceso y a la copia de la historia; c) Puede reclamarla si desea cambiar de médico o en los casos de demanda por responsabilidad.

Los que opinan que el propietario de la historia es el médico lo hacen en base a lo siguiente: a) El deber de custodiar y conservar las historias clínicas es del médico; b) El esfuerzo realizado al elaborarla (interrogatorio adecuado, juicio diagnóstico, pronóstico y tratamiento) es propiedad intelectual del médico y por ello la historia debe de ser de este (con los límites que le imponen los derechos del paciente); c) En ella se anotan impresiones personales que, muchas veces, no guardan relación directa con el paciente (sospechas, dudas, alusiones a otros casos, etc.); d) El acceso directo a la historia puede producir interpretaciones erróneas por parte del paciente, bien por carecer de conocimientos médicos o bien por considerar determinadas expresiones como ofensivas (alcohólico, histérica, etc.); e) El médico realiza, en gran medida, buena parte de sus trabajos de investigación sobre las historias clínicas.

Por último, cuando la relación médico-paciente se realiza en una institución en la que el médico está contratado, el centro sanitario considera que la historia clínica le pertenece: a) Porque es quien proporciona el espacio físico para el archivo; b) Porque la historia es producto del trabajo profesional de sus empleados; c) Porque la historia es la prueba material que puede utilizar el centro ante una demanda del paciente.

[40] De acuerdo a lo señalado por Vázquez Ferreyra, generalmente en derecho comparado no se reconoce a los pacientes el derecho de propiedad sobre su historia clínica, la cual corresponde al médico o establecimiento asistencial. Aunque sin perjuicio de esto, se reconoce los pacientes el derecho a acceder a su contenido, estimando que el acceso a dicho documento es libre.

[41] Ghersi, Carlos . op. cit.

[42] "El depósito será voluntario o necesario. Será voluntario cuando la elección del depositario dependa meramente de la voluntad del depositante; y necesario, cuando se haga por ocasión de algún desastre, como incendio, ruina, saqueo, naufragio, u otros semejantes o de los efectos introducidos en las casas destinadas a recibir viajeros."

Es probable que los hospitales públicos se considere la historia clínica como depósito necesario si atendemos a que se recurre a veces a estos lugares a falta de otro establecimiento asistencial en ubicado en una zona o por falta de recursos que permitan acceder a otro tipo de tratamientos, sin embargo un establecimiento privado también puede efectuar el depósito necesario de un historial cuando el paciente accedido a la clínica llevado por sus familiares ante una situación de urgencia extrema. Todo depende de cómo se ha constituido la obligación original. Aunque si entendemos que la historia clínica es un elemento al que cualquier profesional de la salud se ve obligado a confeccionar, y a su vez es su guardador, en todos los casos se trataría de un depósito necesario.

[43] "Será depósito necesario el que fuese ocasionado por incendio, ruina, saqueo, naufragio, incursión de enemigos, o por otros acontecimientos de fuerza mayor, que sometan a las personas a una imperiosa necesidad, y el de los efectos introducidos en las posadas por los viajeros."

De acuerdo a la nota a este artículo: el depósito se reputa necesario en el caso de aquellos viajeros que se hospedan en posadas dado que los mismos se encuentran en alguna forma forzados a confiar sus efectos a la fe del posadero, sería en algún modo asimilable la situación en el caso de los hospitales y organismos asistenciales públicos sobre todo cuando se llega a recurrir a sus atención cuando el paciente carece de otros recursos económicos como para valerse de ellos para acudir a establecimientos privados o en el caso de accidentes en los cuales los pacientes son internados de urgencia o en situaciones de extrema necesidad. Si bien en el caso del depositario su responsabilidad se origina en razón de que los viajeros no están en estado de elegir, ya que puede no haber sino una posada en los lugares a que lleguen tal como dice el artículo en su nota, o bien no conocer las zonas o ser llevados a hoteles por un administrador que los conduce. La responsabilidad médica en este caso es más gravosa que la del posadero por supuesto ya que además de crearse en el momento de la llegada de paciente la historia clínica que genera un depósito en el hospital o entidad pública, está en juego la obligación de medios que ha nacido en ese instante con todos los deberes y derechos que lleva ínsita. En el caso del depósito necesario (contrato originado entre un viajante y un posadero) estarían en juego a lo sumo los deberes de custodia sobre los efectos del primero por el segundo, y eventualmente acarrearía responsabilidades sobre la vida del viajero en casos muy particulares. El deber de seguridad que lleva intrínseco el cumplimiento de las obligaciones del médico se extiende a los deberes de diligencia en la confección de la historia clínica ya que toda omisión en las anotaciones de la misma puede ser determinante para la vida del paciente, a diferencia de los efectos depositados en virtud de la figura jurídica de estos artículos del Código Civil.

[44] "Una remuneración espontáneamente ofrecida por el depositante al depositario o la concesión a éste del uso de la cosa al celebrar el contrato o después de celebrado no quita al depósito el carácter de gratuito". Pensemos en el elemento involucrado aquí que es la historia clínica y no ya en las demás derivaciones que puede generar la relación médico paciente en un hospital público que pueden tener algún viso de onerosidad vgr. pago de aranceles o bonos de consulta a un precio mínimo etc. En el supuesto planteado en el que se asimile la historia clínica dentro de un contrato de depósito necesario obviamente no generará esto para el paciente una obligación de dar ya lo explica bien el tercer párrafo de la nota del art.2182, que no hace a la esencia del depósito que deba tenerse por gratuito. Sin embargo podríamos decir que con respecto a la historia clínica hay aquí un principio de que la confección se realiza a cargo de la clínica o del médico que aporta los materiales necesarios para su creación y propicia el lugar físico adecuado para su custodia y conservación, mientras que para el paciente no genera ningún desembolso (salvo en caso de necesitar una copia). Pero ya hemos visto que hay una tendencia a cobrar un precio por los duplicados que se extiendan al paciente y sus correspondientes certificaciones.

[45] 2182 "El contrato de depósito se verifica, cuando una de las partes se obliga a guardar gratuitamente una cosa mueble o inmueble que la otra le confía, y a restituir la misma e idéntica cosa."

Sin embargo a partir de la lectura del primer párrafo de la nota del artículo advertimos que Vélez hace una diferenciación entre el contrato de depósito propiamente dicho (cuya finalidad principal consiste en la entrega de una cosa a una persona para su guarda, y el contrato en el cual el depósito se realiza con una finalidad accesorio, caso en el cual nos hallaríamos frente a un contrato de mandato). La naturaleza de la historia clínica en relación a algún tipo contractual de los nominados en el Código Civil se hace entonces discutible al tratar de establecer a cual de las dos categorías de contrato pertenecería, toda vez que si bien no hay una declaración expresa de que el médico a partir del nacimiento de la relación jurídica médico paciente debe confeccionar la historia clínica, hay un conocimiento por las partes de que el historial del paciente será realizado. Esto no obsta como expresa la nota del Código Civil siguiendo a Aubry Rau, que si el paciente decidiera disponer de la historia clínica en algún momento para diversas finalidades (informarse acerca del diagnóstico y posibilidades terapéutica, alternativas quirúrgicas obtener una copia certificada, etc.) no pueda solicitarla al médico que la detenta.

Atendiendo al segundo párrafo de la nota del mismo artículo podemos calificar a la historia clínica como a una cosa mueble susceptible de ser objeto de depósito, cosa que cabe inferir de la lectura de la nota, que expresa que dicho artículo seguirá el criterio establecido en la 2ª ley de Partida según la cual es objeto principal del acto es la guarda de una cosa, sin ser necesariamente de la esencia de un depósito que la cosa depositada sea mueble.

Pero estimo que se hace complicado, tan complicado como tratar de identificar la naturaleza del contrato entre médico y paciente, tratar de vincular la naturaleza de la historia clínica con alguno de los contratos típicos y nominados del Código Civil.

[46] Ghersi, Carlos. Op. Cit.

[47] Al situarse a la responsabilidad médica como una responsabilidad de tipo contractual, en principio se estuvo al plazo de conservación de las historias clínicas acorde con el plazo de prescripción de las obligaciones de esta naturaleza, cual es de diez años, y que es tomado como un plazo mínimo de guarda de las historias clínicas. En el año 1986 el Ministerio de Salud de la Nación, estableció ante un requerimiento judicial, la resolución 648/86, que fijó un plazo de conservación de quince años en establecimientos asistenciales privados que fueran autorizados por autoridad sanitaria nacional, permitiendo el archivo de las mismas por otros soportes magnéticos o magnetofónicos, siempre que quedase garantizada la inalterabilidad de sus datos. La resolución fue dictada con motivo de un oficio judicial librado en un incidente correspondiente a la subasta de la Clínica Marini S.A., que había sido declarada en quiebra y se dictó para evitar la pérdida de estas historias clínicas que allí se encontraban.

Sobre el plazo de conservación de las historias clínicas apunta Vázquez Ferreyra, que si bien esta norma no tiene alcance provincial o local en caso de no existir regulación específica, bien podría acudirse a esta norma aplicándola analógicamente, o bien considerar el plazo mínimo de conservación de la historia clínica que siempre deberá ser conservada por diez años, ya que estamos aplicándole el plazo de prescripción para las acciones de responsabilidad contractual. (Vázquez Ferreyra, Roberto "La importancia

de la historia clínica en los Juicios por mala praxis medica", capitulo II del libro Op. Cit. paginas 58, 59, Editorial Juris, Rosario).

[48] LL 1996 C 473

[49] Esto surge de las conclusiones de la Comisión número 1 de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1983 en Mar del Plata y la Comisión número 1 del Primer congreso Internacional de derecho de Daños celebrado en Buenos Aires en 1986 en homenaje al profesor docthor Jorge Mosset Iturraspe.

[50] Ghersi, Carlos. Op. Cit. (Capítulo IV)

[51] Ghersi, Carlos. Op. Cit. (Capítulo IV)

[52] Según como se instrumente la historia clínica va a ser mas o menos útil para la defensa del médico, debe hacer constar todo para que no se le impute luego una omisión de hacer constar los detalles de la evolución del paciente en la historia clínica. Siempre servirá para la defensa del paciente, hasta cuando el médico no inscribe detalles importantes en ella, lo que se tiene presente como una presunción en contra del galeno. Según que el facultativo este en una clínica o establecimiento asistencial o no, puede que el documento emitido asuma un carácter más formulario que si se desempeñara en un consultorio privado o en forma independiente, pudiendo inscribir anotaciones manuscritas y con mayor informalidad (lo que puede agravarle la responsabilidad ya que tiene mas liberalidad para anotar lo que sea y dejar de anotar lo que sea.), esta es una apreciación que deo hecha pero que deberíamos verificar en otro trabajo.

[53] De esto puede inferirse que las instituciones hospitalarias, al caer dentro del régimen de derecho administrativo, se ciñen también a los principios jurídicos básicos que rigen esta materia, entre ellos el principio de que el control de los actos administrativos se realiza jerárquicamente, por lo tanto la supervisión de la historia clínica debe ejercerse atendiendo a este principio, lo que incluye a los actos del medico interviniente en la malla de contención que comporta el ordenamiento jurídico de acuerdo a las normas del derecho publico, dando una mayor seguridad jurídica al paciente y permitiendo trasladar ante cualquier eventualidad la responsabilidad del médico a las autoridades del establecimiento sanitario, a la comuna, al estado provincial, o nacional.

[54] En este caso debemos tener en cuenta que las circunstancias relativas al paciente hacen gravitar estas obligaciones de la confección de la historia clínica (sin enmiendas ni tachaduras, por un funcionario competente) sobre la propia administración pública, sobre la cual recae el deber de inventariar todo aquello que se halle bajo la esfera de sus competencias. En tanto que dichos documentos se hallen en su poder, se deberá: numerar las fojas de la s historias clínicas y salvar las tachas o enmiendas, denunciando la falta de elementos, controlando los movimientos y traslados de la historia clínica, salidas internas o externas (que pueden producirse en casos de interconsultas o por pedido expreso del paciente para poder ejercer su derecho a informarse), y también de realizar denuncias correspondientes ante la no restitución (total o parcial) en tiempo y forma de la historia clínica.

[55] No obstante esto lo veremos más detalladamente en el apartado sobre el quid de la propiedad de la historia clínica.

[56] En este caso estamos frente a un tipo especial de historias clínicas que habría que estudiar con más detenimiento, que es la historia clínica psiquiátrica.

[57] L.L. -86- A - 445

[58] L.L. - 86 - A - 415

[59] LL90-E-414

[60] Ver punto sobre historia clínica como prueba pericial y documental.

[61] Punto sobre el contenido de la historia clínica, fallo op. cit.

[62] ED 155-44

[63] LLBA 1995-350

[64] LL 1995 - D - 550

[65] LL 96-b-735 cusa número 38.612-S

[66] Ghersi Carlos op. cit.

[67] Ídem.

[68] LL 1997 E 1005 causa 39770 S

[69] 39.771 S LL 1997 E 1006

[70] LL 1997-F-37

[71] LL 1997 B 802

[72] LL 1998 B 106

[73] DJ 1998 3 537

[74] JA 1999 IV 581

[75] LL 2001 A 319

[76] LL 2001 A 118

[77] Revista LL 3/02/2001 pág. 5.

[78] A favor de esta posición se encuentran entre otros Marcelo Rodríguez Jordán (Op.Cit.), quien expresa que la historia clínica es una fuente y objeto de prueba, no un

medio probatorio en sí mismo (los medios de prueba y sus modalidades se encuentran taxativamente catalogados en los Códigos Civil y Procesal y Procesal Penal, respectivamente. Es en definitiva un elemento de investigación al que apuntarán dichos medios. Además de ser un documento complejo que refleja información sobre determinado paciente. Así la corroboración probatoria de dicha información se concretará a través, por ejemplo de un peritaje médico. Para este autor, se está ante una fuente (un principio que dará origen a un análisis) de la que se nutrirán aquellas diligencias probatorias.

Apoiando esta posición se encuentran algunos casos resueltos por nuestros tribunales Penales, así en la Cámara del Crimen de la Capital Federal 25/06/44 se cito en el caso Fernández, una historia clínica como documento con un contenido, una firma, un autor determinado y un destino probatorio, (aunque como bien destaca Rodríguez Jordán en este caso no se alude a la naturaleza jurídica de la historia clínica sino a sus caracteres.

En una posición opuesta a la enunciada por Rodríguez Jordán se hallan Ghersi y Vázquez Ferreyra, que interpretan que la historia clínica es una prueba en sí misma.

El primero sustenta sus argumentos definiendo como prueba a la actividad procesal realizada con el auxilio de los medios establecidos por la ley, tendiente a crear la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de sus pretensiones o defensas, siguiendo a Lino Palacio en su Manual de Derecho Procesal Civil, página 390, o bien como al conjunto de diligencias que apuntan a dilucidar el hecho constitutivo del objeto del proceso (siguiendo en este caso a D'Albora, Franciso en lo que respecta a el campo Procesal Penal.

[79] Ver también CSJN "Ballante, María Nilda s/pensión!. Del 11 de febrero de 1988, B. 443 XXI), CNCrim., Sala VII, causa N° 18122, del 26 de octubre de 1992), CNCiv., Sala F, del 18 de Marzo de 1965 ED 11-666), CNCiv. Sala E, 25 de Noviembre de 1980 ED 92-637), CSJN, 29 de marzo 1984 ED 140- 428), CNCiv y Com. Fed. Sala II 23 de Febrero de 1993, ED 155-43), CCC, Sala III, del 20 de marzo de 1989, ED 134-504).

[80] Sobre esto consultar artículo de Enzo Fernando Costa "La historia clínica, su naturaleza y trascendencia en los juicios de mala praxis. ED 168 página 963.

[81] Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, 30/04/91 "Las llamadas historias clínicas no son informes periciales ni por su forma ni por su contenido".

[82] Sobre este tema se ha explayado Juan Pedro Colerio en un comentario a el fallo de la CNCiv. Sala B 21/12/1995 Rooney, Juana A c/Instituto Obra Médico Asistencial y/o. (en La Ley 1996 E 287) en el cual justamente la actora solicitaba el secuestro de la historia clínica para impedir su pérdida o eventual desaparición ante la posibilidad de demandar a la Clínica y al médico.

De la lectura del fallo que denegó esta posibilidad (enquadando la naturaleza de la medida dentro de las diligencias preliminares ordenatorias (las necesarias para acreditar la personería o la legitimación de la contraria, la existencia o la determinación de un objeto, el carácter de ocupante o poseedor de una cosa con el fin de constituir el futuro

proceso en forma regular (de acuerdo al art. 330 CPCCN)), se desprende que tal vez hubo errores formales que llevaron al juzgador a malencuadrar dicha solicitud, ya que para el autor, el pedido de secuestro de una historia clínica debería ser calificado como una medida preliminar conservatoria: aquella necesaria para preservar una situación de hecho cuya desvirtuación tornaría abstracto el posterior trámite: las mismas deben clasificarse en dos tipos;:1) las que por razones de urgencia por ejemplo la declaración de un testigo de avanzada edad gravemente enfermo), se solicitan para adquirir para el proceso un medio de prueba, que si no se produce en ese momento, no podría realizarse en la etapa procesal oportuna, 2) aquellas cuya producción es necesaria, por cuanto el transcurso del tiempo o el conocimiento de la contraria, podría llegar a alterarlas, desnaturalizando su fin para cuando se produzcan en el tiempo procesal pertinente (por ejemplo el reconocimiento judicial y la prueba pericial), este tipo de medidas son reguladas por el CPCCN bajo el nombre de prueba anticipada.

Aclara el autor que puramente, prueba anticipada es toda aquella que se produce antes del tiempo procesal determinado por la ley. Pero que en el caso planteado se trata de producir prueba antes de la interposición de la demanda, por lo tanto cuando todavía no se conocen los hechos ni cuáles de ellos serán controvertidos por las partes. En este sentido expresa el autor que por no haber llegado a la etapa probatoria del proceso y tramitar estas medidas en in audita parte, debería hablarse de una cautelar de la prueba, mas que de una prueba o una medida cautelar propiamente dicha (ya que no tiende a asegurar el cumplimiento de la sentencia, sino que apunta a mantener en el mismo estado la cosa para cuando se produzca la prueba en la etapa correspondiente. Por eso es que su valor probatorio es indiciario, cuando en cambio podrá practicarse una posterior reproducción en la etapa probatoria, con el debido contralor de la otra parte, adquiriendo carácter de verdadera prueba.

Del fallo en cambio surge que par al tribunal no es necesaria esta medida porque no surge de la pretensión enderezada por la accionante que ni el facultativo ni el hospital vayan a ser demandados. Centra el objeto de la petición en determinar las personas contra las cuales el actor entablará la acción. De ahí que se explaye el fallo tan solo sobre los caracteres de las diligencias preliminares preparatorias, omitiendo toda consideración acerca de las conservatorias.

Entiendo que esta consideración es equivocada toda vez que los agravios de la actora expresan según el fallo que no tuvo otro medio de acceder a su historia clínica, evidenciándose que al serle negada ha sido violado su derecho a la información y su cumplimiento en forma normal, lo que la ha llevado a acudir a los estrados para obtener una respuesta por parte de la clínica. Creo que en casos como este donde además de derechos subjetivos como la salud la dignidad y la vida, reconocidos constitucionalmente, los jueces no solo pueden sino que deben acudir al principio iura novit curia, para salvar los errores de forma de los planteos que no obstante dichos errores y atendiendo a su sustrajo es de toda justicia satisfacer.

Como bien estima Colerio, el actor afectado por la mala praxis debe demandar al equipo médico que intervino y en su caso al establecimiento en que se desempeñó el primero, y también a la obra social que le brindó asistencia si existiera. Y la importancia de la historia clínica y el pedido de su secuestro como diligencia preliminar, tiene carácter eminentemente conservatorio (lejos del estimado por los jueces) pues apunta a evitar que iniciada la demanda y corrido el traslado, la demandada construya la historia clínica

en caso de que hubiere omitido confeccionarla en su oportunidad, o la complete o altere, para colocarse en una situación procesal más favorable (en esto valora el autor la importancia de permitir la existencia del factor sorpresa.

Se aclara también que la enumeración que hace el código de las diligencias preliminares no es taxativa, todo lo cual torna procedente el secuestro de la historia clínica, con la carga para quien la solicita, de explicar, claramente las razones y fundamentos por los que se la solicita, como también el derecho de la contraparte, cuando toma conocimiento de la misma de impugnar su procedencia, o el método o forma en que fue realizada, pues así lo exige la constitución de un debido contradictorio.

[83] Como diferencias con el contrato que refleja la plena y amplia voluntad negocial (amplia pero con la extensión que la voluntad de las partes le confiere de acuerdo al art. 1197 CC): No contiene la firma de ambas partes, No es redactada en tantos originales como partes hay con un interés distinto, pese a corresponder a una obligación bilateral., no se expide un doble ejemplar y la ausencia del mismo no queda suplida por el depósito de la historia clínica en archivos hospitalarios.

Como dijimos la historia clínica es un documento entendido este como escritura, instrumento, u otro escrito autorizado, según los casos, con que se prueba, confirma o corrobora una cosa, o sirve para hacer constar una obligación, o a todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga (definición de Casso y Romero - Cedervera, Diccionario de derecho privado, Editorial Labor, Barcelona, 1961 t. I. Página, 1617 no consultado (citado por Enzo Costa Op. Cit.

[84] "La imputación física entre el hecho y el resultado dañoso puede probarse por todo tipo de medios de convicción, la historia clínica es un documento que hace exclusivamente a la relación médico (o entidad sanitaria) y paciente y las irregularidades que existieron en ella o la falta de documento podría hacer a la eventual responsabilidad de sus facultativos y establecimientos de salud frente a los pacientes, aunque ni siquiera esas deficiencias y omisiones serían decisivas o categóricas per se a tales fines. Pero en modo alguno la falta de historia clínica puede aducirse como elemento fundamental para probar la relación causal referida al perjuicio que el actor experimentó a causa del hecho ilícito cometido por un tercero (el demandado) (CNCiv. Sala D, en fallo del 12 de Noviembre de 1991 ED 147 575)

[85] 30/8/91 Ponce de León c/Estado Nacional: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal [85] "Podría afirmarse, que el hospital sólo debería responder por la pérdida de la prueba (una especie de chance) y no por la pérdida de la vida. Dicha solución debe ser desechada porque, en supuestos semejantes, bastaría a los sanatorios con ocultar la historia clínica, o parte de ella para así disminuir el grado de responsabilidad. En todos los casos, a la postre, los establecimientos asistenciales responderían por la chance de la prueba frustrada y no por la mala praxis que sería una prueba diabólica sin la historia clínica, con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable. Esta sala se ha pronunciado a favor de la víctima cuando median, por parte del establecimiento, falencias de organización o administrativas con aptitud para ocasionar un daño, y desde otro ángulo que con diversidad de matices la responsabilidad de los hospitales clínicas y obras sociales cuenta con aceptación generalizada."

Observamos como la pérdida de la posibilidad de acceder a la historia clínica como prueba, la cual en el caso ha quedado frustrada, se extiende como elemento presuncional en contra del establecimiento interviniente, casi hasta el punto de erigirse en la prueba misma de la falta de diligencia que deriva en la mala praxis. Por otro lado al tratarse de un establecimiento público aparentemente habiendo quedado probada la falta administrativa que ha ocasionado daños, ha hecho posible promediar la acción de responsabilidad.