

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los cinco días del mes de febrero del año dos mil trece, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala Tercera de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes, Provincia de Buenos Aires **Dres. LUIS MARIA NOLFI y CARLOS ALBERTO VIOLINI** con la presencia del Secretario actuante, para dictar sentencia en el **Expte nº 1748, en autos caratulados: "Di Martino, Liliana Mabel c Marin, José Antonio y otro s/ Daños y perjuicios".**

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones de acuerdo con los artículos 168 de la Constitución y 266 del Código Procesal.

PRIMERA: ¿Es justa la sentencia dictada a **fs. 436/444** en cuanto es materia de apelación y agravios?.

SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Luis Maria Nolfi y Carlos Alberto Violini.

Luego de sucesivos trámites, incluido el llamamiento de "autos para sentencia" (fs. 467), tras el sorteo (fs. 467 vta.), quedó este expediente en condiciones de ser votado.

VOTACIÓN:

A LA PRIMERA CUESTIÓN

PLANTEADA, el Sr. Juez Luis María Nolfi dijo:

I.-En la sentencia que corre a **fs. 436/444.** la magistrada anterior dispuso rechazar la demanda sobre indemnización de daños y perjuicios promovida por la Sra. Liliana Mabel Di Martino contra el doctor Marin José Antonio, Clinica Guemes S.A. y la citada en garantía Sancor Cía de Seguros Ltda. Con costas a la parte actora.

Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora (fs. 449) constando su expresión de agravios a fs. 456/459 y vta. Obran réplicas de la citada

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

en garantía y de los codemandados Marin y Clínica Guemes en fs. 461/462 y vta. y 463/466 respectivamente.

II.-Antecedentes.

2-1.-A fs.. 43/53 y vta. promueve demanda Liliana Mabel Di Martino y en síntesis expone:

Que a raíz de fuertes dolores abdominales y lumbares entre los meses de mayo y agosto de 2004 concurrió al consultorio del Dr. Roberto Augusto Barros, médico especialista jerarquizado en gastroenterología de la ciudad de Campana quien le recomendó realizar una tomografía computada de abdomen y pelvis.

Que decidió realizar el estudio en la Clínica Guemes de la localidad de Lujan por la cobertura de su obra social y solicitó turno por vía telefónica para una tomografía abdominal con contraste que se designó para el día 15 de septiembre de 2004 a las 10.15.

Que se le indicó retirar el día anterior el líquido de "contraste" lo que fue realizado por un comisionista y comenzó a ingerirlo a partir de las 6 del mismo día designado para la práctica (cuatro horas antes del estudio).

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Que llegado el día siguió consumiéndolo durante la mañana del día de la práctica y al llegar a la hora indicada le manifestaron que estaban atrasados suministrándole nuevamente contraste.

Que a las 12 del día 15 de septiembre, personal de la Clínica le informó que el tomógrafo se había descompuesto y que debía regresar el día 17 de septiembre a la misma hora.

Que se presentó el día designado a las 8, habiendo ingerido nuevo contraste durante dos horas (suministrado por personal de la Clínica en una jarra). Fue recibida por el técnico quien le preguntó si había ingerido contraste anteriormente, a lo que respondió que el miércoles lo había hecho.

Que el técnico le expresó que debían haberle dado un turno para la otra semana y no dentro de las cuarenta y ocho horas de ingerido el anterior líquido de contraste porque tarda unos días en eliminarse.

Que a pesar de conocer la situación el técnico decidió realizarle la tomografía en esa fecha.

Que el miércoles de la semana siguiente concurrió al nosocomio a retirar el informe suscripto por

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

el profesional José Marin especialista en diagnóstico por imágenes de la Clínica Guemes de Lujan, concluyendo que la paciente poseía “conglomerados adenomegálicos”, es decir ganglios que podrían ser malignos.

Que a partir del referido informe y ante tan duro diagnóstico se dirigió al consultorio del doctor Julio Cáffaro, especialista jerarquizado en hematología y oncología, oriundo de la ciudad de Zárate quien le confirmo la existencia de un “linfoma”.

Que le anticipó que de ser benigno se cura con antibióticos y de ser maligno hay que extirparlo, recomendándole a tal fin “cirugía”.

Que la revisión externa no demostró la existencia de ningún ganglio y el doctor Cáffaro le indicó que la cirugía era indispensable para encontrarlos.

Que posteriormente se dirigió al consultorio del doctor Alejandro Fedato, médico cirujano de la ciudad de Campana quien le dijo que a pesar de que en el informe aparecía la existencia de un “linfoma” la veia muy bien y ello no se correspondía con los casos precedentes que había atendido.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Que además se determinó la existencia de una piedra muy pequeña en la vesícula que debía extirparla.

Que le preguntó si la operación iba a ser laparoscópica y el doctor Fedato le manifestó que no era posible por el linfoma y debía hacerse una operación abdominal.

Que fue intervenida el 4 de octubre de 2004 en la Clínica Delta de la ciudad de Campana.

Que le extirparon un par de ganglios, una cuña hepática y la piedra de la vesícula, a fin de realizar una biopsia sobre esos elementos.

Que no se halló el "linfoma", los resultados fueron negativos y demoraron diecisiete días .

Que el doctor Fedato concluyó que a raíz de los resultados podía concluirse que nunca había tenido un linfoma.

Que regresó al consultorio del doctor Cáffaro y éste le indicó la realización de otra tomografía.

Que el doctor Barros, por su lado, le indicó que no tenía "nada" (*textual*, v. escrito inaugural, fs. 15) . Le recomendó hacerse otra tomografía y le dirigió

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

una nota al doctor Marin para que justifique el “falso positivo” del informe de la primera tomografía.

Que el martes 16 de noviembre regresó a la Clínica Guemes de Luján a las 11 para realizarse otra tomografía y pidió hablar con el doctor Marin, quien no se encontraba. No obstante, le hicieron el estudio indicándole que regresara el viernes siguiente.

Que entregó la nota dirigida al doctor Marin manteniendo una reunión con dicho profesional quien le expresó “que se equivocó y que la responsabilidad es suya”, refiriéndole que había confundido el contraste viejo que había ingerido dos días antes con los intestinos y que por esa razón le dio tan alarmante y angustiante diagnóstico, aunque en realidad estaba en perfectas condiciones.

Propone que la responsabilidad del profesional y de la Clínica sea encuadrada en los términos de los artículos 499, 512, 522, 902 y 904 del Código Civil.

Reclama daño moral, estético y psicológico por la suma de **\$ 50.000** (v. fs. 32/53 y vta.).

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

2-2.-A su turno la codemandada Clínica Guemes contesta demanda (fs. 73/84). Niega cada uno de los hechos invocados por la actora y tras reconocer la realización del estudio tomográfico el 17 de septiembre de 2004, desconoce que el mismo haya sido ordenado por un profesional de la institución, destacando que el diagnóstico derivado de una tomografía no puede sustituir el diagnóstico sobre patología del médico tratante.

Desconoce que en la institución se haya realizado un diagnóstico de "linfoma". Señala que se desprende de la documentación integrada con la demanda que a la actora se le habían practicado videoendoscopía alta y baja, ecografía abdominal, renal y laboratorio cuyo resultado había sido normal.

Dice que se emitió una conclusión "imagenológica" por un profesional que no es el tratante y que existe una significativa diferencia en decir que se descubrió un linfoma a informar que existen imágenes tomográficas compatibles con conglomerados adenomegálicos.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Señala que ningún médico puede diagnosticar la existencia de un linfoma basándose exclusivamente en la tomografía indicada, que para confirmar o descartar la posible patología linfoproliferativa no es menester recurrir a un procedimiento quirúrgico bastando con una punción para tomar muestra para biopsia y no existe evidencia anatomopatológica de que se haya realizado una biopsia ganglionar del retroperitoneo.

Finalmente afirma que no existe vínculo de causalidad adecuada entre el informe tomográfico efectuado en la Clínica Guemes con los daños que se reclaman.

2-3.-Por su lado, el codemandado Marin expone:

Que admite ser médico especialista en diagnóstico por imágenes del servicio de tomografía computada de la Clínica Guemes de Lujan.

Que estaba a su cargo informar acerca de la interpretación de los estudios efectuados a los pacientes.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Que se informó una tomografía axial computarizada de abdomen con contraste oral y endovenoso ordenada por el Dr. Barros efectuada en 17 de septiembre de 2004 a la señora Di Martino.

Que observó en la T.A.C. que existían múltiples imágenes redondeadas de aspecto nodular en adyacencias del páncreas y su conclusión imagenológica fue “adenomagalias retroperitoneales” Deberá descartarse patología linfoproliferativa”.

Que no hizo referencia a cálculos vesiculares ni a “tumor”, “cáncer”, “neoplasia” o “linfoma”.

Que expresó: “existen múltiples imágenes redondeadas compatibles con “conglomerados adenomegálicos”.

Que el término “compatible” no significa evidencia de certeza.

Las presentaciones de **fs. 461/62 vta.** y **fs 463/66** contestaron esos agravios.

III.- En la responsabilidad civil -por ahora- subsiste un distinto régimen legal vigente entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Aunque son ontológicamente lo mismo y la postura unificatoria mantiene vigente el interés de su reforma (v. capítulo I, sección 1ª y ss. del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, decreto presidencial 191/2011) una relectura del sistema actual pone de relieve que muchas supuestas semejanzas no lo son, o al menos no son relativamente ni están en camino de dejar de serlo, sin desconocer que algunas diferencias no son verdaderamente importantes.

Puede decirse que el propio codificador trasegó al sistema argentino la primera posibilidad unificatoria de los regímenes de responsabilidad civil, al conceder el pasaporte entre uno y otro, como señalaba el doctor Atilio Alterini en la parte final del artículo 1107 del Código Civil, permitiendo que los incumplimientos contractuales puedan ser gobernados por el régimen de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos cuando degeneran en delitos del derecho criminal.

3-1.-LA RESPONSABILIDAD MEDICA.

El médico es aquel que ha elegido “*el destino sublime de curar la salud de sus semejantes*”.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Ricardo Finochieto en referencia a las ciencias médicas en el año jubilar del doctor Enrique Finochieto -septiembre de 1961- decía: *“Todavía sigue siendo la mano que empuña el bisturi el asunto de mayor importancia, nada puede obtenerse sin buena técnica. En cirugía no consiste en operar bonito, sino con exactitud y eficacia”* Y añadía: *“los cuatro pilares del neófito en materia quirúrgica son estudio, un asiento, anestesia y prudencia”*.

La medicina es ciencia de probabilidades y arte de incertidumbre.

“Es el médico ese suicida altruista, inteligente para el prójimo y descerebrado para si mismo, bueno y estúpido a la vez, responsable ante la sociedad e irresponsable ante su familia, que seria, la carne de cañón, el centro del blanco de la industria de la mala praxis” (v. carta de lectores “La Nación” , por Marcos Llambias hijo).

Los médicos solo se hallaban sometidos a normas emanadas de la ética profesional. La derivación lógica es que sólo eran responsables ante su consciencia y ante la censura social. Alguien dijo que gozaban y

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

transmitían inmunidad. Baste para ello citar la máxima del juramento Hipocrático *“si observo mi juramento con fidelidad séame concedido gozar fielmente de mi vida y mi profesión honrando siempre entre los hombres, si lo quebranto y soy perjuro caiga sobre mi la suerte contraria”* . Admítese también que en ese idílico mundo anterior de la profesión reinaba demasiada arrogancia y suficiencia, sin estar dispuestos a informar, explicar, dialogar profundamente con quien, paciente en definitiva, termina por ser la víctima, o los deudos de ella. Se bajaron a muchos del sitio paternalista –benévolo pero superior- de médico general de la familia, al costo de resquebrajar la relación directa, personalizada, humana, y todo se hizo “empresa”, rapidez, necesidad, anonimato; posturas huidizas y “distantes” (como el “juez distante” , al decir de Julio César Cueto Rúa, v. “El Médico de Guardia”, por Augusto. M . Morello, Librería Editora Platense, 1996, p. 30).

Ahora bien, resulta imposible pensar en una regla absoluta y más imposible todavía querer trazar una línea categórica de demarcación para deslindar

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

donde principia y donde termina la responsabilidad
médica.

La culpa es en principio la que más interesa esclarecer en este tipo de responsabilidad. Antes factor casi exclusivo, conforma junto con otros un sistema policéntrico para la imputación del nocimiento.

Nace la primera idea solar: Por principio, nadie puede admitir que un médico intervendrá o asistirá a una persona sana. En la generalidad de los casos el médico no crea el estado morboso sino que accede a él cuando ha comenzado la acción destructiva. Adelanto una cuestión que tendrá notable interés en el caso a la hora de la configuración del juicio de adecuación entre el supuesto hecho dañoso y la actividad medical: La gran mayoría de las personas, salvo alguna psicopatología o neurosis, acude al médico no por divertimento sino por alguna indisposición o afección. Casi siempre habrá que contemplar la existencia de un fenómeno de real o supuesta alteración preexistente de ese equilibrio multifactorial que es la salud -por definición de la O.M.S- en el estado sanitario del paciente; su predisposición

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

morbosa, cuya evolución natural puede causar naturalmente el desenlace negativo.

La responsabilidad médica esta hoy universalmente admitida. Cabe distinguir entre la actividad médica desarrollada por los médicos y los operadores de las demás profesiones sanitarias mediante actos que normalmente tienen lugar sobre el cuerpo humano, con finalidad próxima curativa y de cuidados del afectado y constituye un servicio publico de necesidad; de los actos médicos que ejecuta el profesional de la medicina en ejercicio de su actividad y se extiende hasta los actos que carecen de finalidad curativa como es la autopsia (v. ley 17.132 arts. 2 inciso "a" y 13).

El reconocimiento de esta responsabilidad profesional tuvo contradictores. Sus argumentos principales fueron: La presunción de capacidad derivada del diploma profesional, la dificultad para apreciar si en el diagnóstico o tratamiento de la enfermedad se había obrado con el acierto requerido, el estancamiento de los conocimientos y procedimientos

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

médicos, es decir la neutralización de avances a partir de la amenaza de fracaso y posterior enjuiciamiento.

La historia y la experiencia determinaron su desacierto. El primer argumento se contradice con la idea de que el diploma solo configura una presunción de capacidad que puede ser desmentida en los hechos. El segundo argumento se confuta sosteniendo que siempre el juzgador tiene a mano la invalorable prueba pericial o testimonio técnico, y la única posible reserva a mas de la insuficiencia de la experticia o la inidoneidad de su autor, será la parcialidad en que puedan incurrir los peritos a la hora de evaluar la actividad de pares.

De todos modos el detalle de la protección entre pares, como decía Salvat en una conferencia pronunciada sobre este tema en el año 1937, no puede ser valorado seriamente porque en todos los tiempos han existido y existirán profesionales dignos e indignos (su mención por parte de Alsina Atienza, D. en, "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", JA, 1958-III-587).

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

El tercer obstáculo no es ponderable porque difícilmente un médico consciente de su alta misión se entregue temerariamente a la aplicación de procedimientos o tratamientos de resultados no conocidos.

Sentado ello, y a fin de ir introduciéndome en la cuestión, comenzaré por decir que la medicina no es una ciencia exacta.

La infalibilidad no reviste una característica de las distintas teorías que tienen vigencia en el campo de la medicina; por eso es que debe reconocerse a la actuación profesional en el arte de curar un amplio margen de acción y la libertad necesaria para decidir de acuerdo con su ciencia y conciencia. Sólo se les debe exigir el grado de capacidad y diligencia que es usual entre los miembros de la misma profesión y no el más alto grado de atención, habilidad y sapiencia accesibles o conocidas.

La obligación de medios o general de prudencia y diligencia según Mazeaud es aquella en la cual el deudor promete la prestación de una conducta diligente tendiente al logro de un resultado final

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

pretendido por el acreedor, el que podrá o no obtenerse. Existe un doble juego de intereses del acreedor: El interés inmediato que consiste en la prestación de conducta diligente por parte del deudor dirigida a la obtención del fin esperado por el acreedor. El interés mediato consistente en la obtención del objeto del negocio jurídico, es decir el resultado anhelado por el acreedor al celebrarlo.

Se ha sostenido: *"la obligación asumida por el facultativo frente al paciente reviste, en principio, el carácter de una obligación de medio y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder en favor de la salud del enfermo. Aunque no está comprometido a curar el enfermo, sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios no signifique incumplimiento. Sólo excepcionalmente la obligación del médico puede ser de tipo delictual, como por ejemplo, si se comete un acto ilícito penal o se violan disposiciones reglamentarias de la profesión"* (conf.: Llambías, J. J., op. cit., t. I, ps. 207, 211, núms. 171 y

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

172; Alsina Atienza, D., "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", JA, 1958-III-587; Bustamante Alsina, J., op. cit., "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 501, núm. 1376; Bueres, A. J., "Responsabilidad civil de los médicos", p. 183, núm. 31; C.N.Civ., sala C, La Ley , 115-116; Idem., sala F, 06/03/1995 "B. de I., A. C. Instituto de Servicios Sociales Bancarios", LA LEY , 1996-B-359; ídem, íd., 14/06/2000, "R. G., M. E. y otro c. M.C.B.A. y otro", LA LEY , 2001-C, 432, Sup. Corte Bs. As., Ac. 91.215, fallo del 5-4-2006 y C 96.833 fallo del 13-2-2008).

En consecuencia, una conducta diligente satisfactiva del interés inmediato referido a un interés final de consecución probable, posible aleatorio o azaroso constituyen los elementos del objeto de la obligación de medios.

Otro elemento dorsal es el modelo general de evaluación de la culpa.

A partir del siglo XIX su evolución estuvo marcada por distintas etapas. Desde una exigencia exorbitada pasando por distintas atenuaciones –culpa objetiva, presunciones de culpa, afinamiento del concepto

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

de culpa-, hasta llegar a prescindir derechamente de la culpabilidad.

Llambias fue quien con mayor envidia defendió la exigencia de un obrar culpable, salvo que el legislador contemple situaciones de utilidad social como el riesgo, la garantía, el ejercicio abusivo de los derechos, el exceso en la normal tolerancia.

El artículo 512 del Código Civil provee una definición: La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar. Texto original pero fuertemente influido por el pasaje de las anotaciones de Masse y Verge a la obra de Zacharie, al igual que el texto del artículo 1104 del C.Civ. Español fue tomado del 512.

Se interponen dos diferencias adecuadas: Se establece que cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse se exigirá la que corresponde a un buen padre de familia. El reemplazo el sustantivo plural diligencias que implica tramitaciones o gestiones por diligencia como sinónimo de cuidado o

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

actividad que es mas adecuado. En suma la omisión de la conducta debida y la ausencia de mala fé son los elementos esenciales. La naturaleza de la obligación hace al contenido e índole de la conducta comprometida por el deudor, el vocablo personas no implican al sujeto deudor en sí, sino a un módulo de referencia variable en cada caso.

Respecto de la graduación y la prestación de la culpa el artículo incluye una extensa nota en la cual expresa que las Leyes de Partida reconocieron tres especies de culpa grave leve y levísima pero después refiere que la división de culpas es mas ingeniosa que útil pues es necesario que cada culpa ocurra, si la obligación del deudor es mas o menos estricta, cual es el interés de las partes, cual ha sido su intención de obligarse, cuales son las circunstancias del caso. La teoría de la división de culpas solo sirve para derramar una luz falsa y dar pábulo a innumerables contestaciones. En el caso siguió al Esbozo de Freitas, el Código Chileno y el proyecto de Garcia Goyena.

La jurisprudencia estableció que no existe un concepto de culpa profesional diferente al que se

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

describe en el artículo 512 del Cód. Civil. Esa norma nos proporciona el concepto de culpa civil, consistiendo consiste en la *"omisión de aquellas diligencias que exigiera la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar"*. Ello viene a significar que cuando el facultativo incurre en la omisión de tales diligencias, ya sea por imprudencia, impericia o negligencia, falta a sus obligaciones y se coloca en la posición de deudor culpable.

En principio, el simple error de diagnóstico o tratamiento no es bastante para engendrar un daño resarcible. Ello, porque es una rama del saber en la que predomina la materia opinable, resultando dificultoso fijar límites exactos entre lo correcto y lo que no lo es.

La Academia Nacional de Medicina no podía dejar de explicitar su parecer en asunto tan delicado – y que se palpa en los países desarrollados- expresando al respecto “ *el asedio permanente al accionar médico, en la mayoría de los casos injustificados, ha de llevar a corto plazo a la parálisis de*

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

la iniciativa" (declaraciones que publicó "La Nación", el 24 de noviembre de 1994)

No obstante, se ha sostenido que para que el error de diagnóstico responsabilice al médico por los daños que sufre el paciente, como consecuencia de haber seguido un tratamiento inadecuado, debe ser un error grave o inexcusable. (conf. Bustamante Alsina, Jorge "Teoría Gral. de la Responsabilidad Civil", pág. 399).

El médico no puede ser considerado responsable por un error de diagnóstico ante un caso científicamente dudoso, o por haberse orientado por una de las opiniones idóneas en conflicto, formulando diagnóstico de acuerdo con reglas aceptadas, o si no se ha puesto de manifiesto la ignorancia en la materia de la cual se trate.

Hasta aquí, puede afirmarse que en materia de diagnóstico y en lo referido a la culpabilidad como factor de atribución de la responsabilidad, rigen los principios generales de la materia, sin perjuicio de que tratándose de error en la determinación de la dolencia y del tratamiento a seguir, dicho error puede ser excusable

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

y por ende no ser constitutivo de conducta reprochable (v. Vázquez Ferreyra "Daños y Perjuicios en el ejercicio de la medicina", pág. 101).

En suma, la estimación debe partir de un enclave no unitario y ha de conjugar dos parámetros de inteligente y flexible sumatoria. El abstracto (ambiguo) que corresponde al llamado "buen profesional" que no es ni el mejor ni el supero hombre de Nietzsche; un héroe o el galeno excepcional y maestro de los demás; pero tampoco el peor; el descuidado, el ignorante, el desidioso o desprevenido, al cabo incompetente o irresponsable (v. el ensayo de Compagnucci de Caso, Rubén, "La culpa en la responsabilidad médica", La Ley, febrero 15 de 1995). Y el concreto escenario y especial modalidad en que aconteció el acto médico en juzgamiento, porque lo que se trata de establecer es cómo actuó – o pudo actuar- o debió hacerlo (a la luz de los condicionantes reales) de acuerdo a los deberes especiales o reglas propias que le impone el ejercicio profesional.

Se suma otro ingrediente contemporáneo interesante. Mientras hacia fines del siglo XIX la intervención médica tenía carácter individual,

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

generalmente limitada a la observación de los síntomas, hoy día dicha intervención se ve inmersa en una infraestructura técnica de tal sofisticación que también contribuye en cierta medida a la mutiplicación de los daños y a la dificultad de establecer la participación responsable del médico en la atención al enfermo. Bustamante Alsina en ese sentido señalo las diversas formas de participación médica aclarando que no debe confundirse la pluriparticipación con al responsabilidad médica.

La primera consiste en la intervención de varios profesionales en la ejecución de un hecho, la segunda en la atribución múltiple de responsabilidad.

La coparticipación puede ser: Participación conjunta dos médicos atienden a un paciente simultánea o sucesivamente. En este caso la responsabilidad, si la hubiere, es conexas. Participación acumulativa, cuando el daño es producto de los hechos individuales de cada médico, como responden cada uno debe el todo. Participación disyunta o alternativa: cuando no se puede probar el nexo entre el daño y la intervención individual la responsabilidad es colectiva.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Puede haber entonces prestaciones en equipo y prestaciones separadas simultáneas o sucesivas.

La prestación en equipo se advierte en las intervenciones quirúrgicas (cirujano, anestesista, biólogo, radiólogo, anamopatólogo).

3-3.-Puesto en situación, luego de una detenida lectura de los planteos dorsales de la impugnación efectuados por la parte actora, es dable concluir que la cuestión controvertida en los presentes consiste en determinar si la descripción supuestamente errónea en el que incurrió el doctor Marín médico especialista en diagnóstico por imágenes de la Clinica Lujan en la interpretación de las imágenes verificadas en el estudio tomográfico abdominal y pelviano practicado a la actora y los acontecimientos posteriores supuestamente dañosos que debió atravesar (personales, médicos, quirúrgicos) están relacionados causalmente de manera adecuada. Y consecuentemente si ese error configura “culpa médica” con la consecuente atribución subjetiva de responsabilidad (arg. arts. 512 y 1109 del C.Civ). Por otra parte, reta determinar si se está

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

en presencia de una conexas responsabilidad –contractual
objetiva- con anclaje en el deber de seguridad del
establecimiento asistencial (arg. artículo 1198 del C. Civ).

Será menester entonces realizar un juicio
de adecuación entre el supuesto hecho dañoso y la
actividad medical.

No se discute ante esta alzada y así lo
relata la actora en sus agravios que a raíz de fuertes
dolores abdominales y lumbares entre los meses de
mayo y agosto de 2004 concurrió al consultorio del Dr.
Roberto Augusto Barros, médico especialista
jerarquizado en gastroenterología de la ciudad de
Campana quien le recomendó realizar un estudio
tomografico de abdomen y pelvis el que finalmente y tras
una cita frustrada con ingesta de líquido de contraste y
por un supuesto desperfecto técnico (15-09-2004) se
realizó en la Clínica Guemes de la localidad de Lujan dos
días después (17-09-2004).-

El doctor Marin, médico especialista en
diagnóstico por imágenes del nosocomio emitió un
informe y concluyó que la paciente poseía
“conglomerados adenomegálicos”, es decir ganglios que

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

podían ser malignos, a raíz de lo cual visitó al doctor Cáffaro (hematólogo y oncólogo) quien le confirmo la existencia de un “linfoma”, determinado también la existencia una piedra muy pequeña en la vesícula, indicándole que la cirugía era indispensable para hallarlos.

El doctor Fedato (cirujano) decidió proceder a la operación abdominal -no laparoscópica- siendo la intervención el 4 de octubre de 2004 en la Clínica Delta de la ciudad de Campana. Se le extirparon un par de ganglios, una cuña hepática y la piedra de la vesícula no hallándose el “linfoma”.

La prueba científica aporta lo siguiente:

La Academia Nacional de Medicina (fs. 229 y vta.) con las firmas de Juan Manuel Ghirlanda y Vicente Gutierrez deternina que no es necesario un lapso de tiempo para efectuar la tomografía computada ya que el contraste que se utiliza para la opacificación de tracto gastrointestinal es un medio de contraste iodado hidrosoluble que no interfiere en la realización del exámen (a la primera pregunta).

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

A la segunda pregunta que indaga acerca de si es una práctica correcta realizar una tomografía computada de abdomen y pelvis con y sin contraste oral y endovenoso luego de las 48 hs. de haberse ingerido liquido de contraste, determina que dependiendo de las condiciones del paciente (lo subraya) no interfiere en la posibilidad de un nuevo diagnóstico que se efectúe una nueva tomografía computada de abdomen y pelvis con y sin contraste oral y endovenoso.

Miguel Angel García Ramis en su exposición de fs. 314/316 y vta. considera en lo que interesa que no hay establecido un plazo de espera entre estudios tomográficos contrastados a un mismo paciente y que ante la sospecha tumoral **es de buena práctica la realización de una laparotomía exploradora diagnóstica y a veces terapéutica** (lo resaltado es mío).

Julio Victor Chomont (fs. 349/361) destaca: Que en los linfomas se puede asignar razonablemente un tratamiento con base al estado clínico **y en la mayoría de los pacientes la laparotomía exploradora no es necesaria.** Que es el cirujano junto

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

con el equipo tratante el que analizando todos los estudios previos adecuados a cada paciente en particular, el que debe tomar la decisión de laparotomizar al paciente siempre con el objetivo de obtener el diagnóstico con el menor riesgo posible. Que la sospecha de una adenopatía neoplásica **exige la confirmación histológica** (biopsia), la búsqueda del tumor primario y la estadificación para luego implementar la terapéutica que corresponde (quimioterapia, radioterapia, cirugía). Que los estudios previos realizados a la actora con resultado normal fueron: videoendoscopia alta y baja, ecografía abdominal y renal y laboratorio. Que al momento de la tomografía la paciente no presentaba evidencia física sugestiva de linfoma. Que el diagnóstico definitivo de síndrome linfoproliferativo es terreno del patólogo a partir de muestras histológicas o citológicas obtenidas. Que las pruebas de imagen ofrecen diagnósticos en términos de probabilidad estadística pero no de seguridad (fs. 355 vta.) aunque luego expresa que la T.A.C (tomografía) se ha convertido en la principal herramienta para el diagnóstico y sobre todo para el estadiaje y seguimiento de los linfomas constituyendo un método seguro –junto

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

con la ecografía- para guiar la obtención de muestras citológicas. Que el estudio tomográfico debe estar orientado por una exploración ecográfica o radiológica. Que un método por imagen en patología oncológica no brinda un diagnóstico etiológico. Que de ninguna manera se puede hablar de cáncer con un estudio imagenológico. Que en general las adenomegalias retroperitoneales por sí mismas no producen dolor y para que una masa ganglionar lo cause debe ser palpable y estar acompañada de hepatomegalia o esplenomegalia (aumento del tamaño del hígado o del bazo). Que no existe aportada en autos alguna evidencia de litiasis vesicular previo al acto quirúrgico, durante él, o por vía anatomopatológica. Que en la actora se utilizó una incisión paramediana derecha. Que el objetivo quirúrgico fue tratar una litiasis vesicular y en segundo término adenopatías retroperitoneales. Que la cicatriz es la resultante de la vía de acceso quirúrgica elegida por el cirujano actuante. Que de haberse elegido la técnica videolaparoscópica las cicatrices serían mínimas.

Esas tres muestras resultan a mi juicio completas y con sólida argumentación científica de modo

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

que no observo razones que me orienten a apartarme de sus tendencias conclusivas (arts. 474 del rito)

Julio Anibal Caffaro (fojas 274/275 y vta) médico hematólogo y oncólogo confirma que el dictámen del médico por imágenes fue descartar enfermedad linfoproliferativa y que la única forma posible de diagnosticarla es obtener un ganglio para su exámen histopatológico incluyendo inmuno histoquímica completo.

Añade que por tal razón y porque además presentaba microlitiasis vesicular le aconsejó concurrir a un cirujano para que le practique laparotomía diagnóstica y terapéutica. A tal fin dice que envió una carta al doctor Fedato requiriendo exéresis de un ganglio única manera de descartar o probar linfomas.

Roberto Augusto Barros médico especialista en gastroenterología (fs. 276/77) dice que ordenó la tomografía por los fuertes dolores abdominales con otros exámenes complementarios previos negativos y reafirma que no resulta suficiente el estudio tomográfico para diagnosticar patología.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Alcides Ernesto Fedato, médico cirujano (fs.279/80) explica que la paciente fue derivada por el doctor Caffaro por dos patologías aparentes, una litiasis vesicular y la sospecha de un linfoma para lo cual se aprovechaba la cirugía para examinar los ganglios. Añade que la cistectomía procedimiento universalmente indicado para el tratamiento de la litiasis vesicular y que se hizo la extracción de los ganglios que se enviaron a patología, que a la paciente se le practicó una laparotomía, que para extraer los ganglios no existe otro modo de extracción que no sea la quirúrgica, por vía laparotómica, por abdomen abierto a través de una incisión. Que en el caso la sintomatología y los estudios realizados previamente eran suficientes para indicar la cirugía.

3-4.-LA RELACION CAUSAL

En principio, la derivación por parte del especialista en gastroenterología para un estudio tomográfico de abdomen y pelvis no resultó errónea, ya que tal herramienta es adecuada –junto con otras y en el marco de una armónica interacción médica- para

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

investigar posibles patologías en la zona en la que la actora observaba padecimientos.

El doctor Cáffaro (hematólogo y oncólogo) confirmó la existencia de un “linfoma” y determinó la de una piedra muy pequeña en la vesícula. Indicó que la cirugía era indispensable para hallarlo. Con ese criterio la derivó a un cirujano.

Quedó demostrado que la actora se hizo una serie de análisis previos : videoendoscopía alta y baja, ecografía abdominal y renal y laboratorio. Sus resultados fueron normales.

El cuadro de sospecha tumoral a causa de la conclusión imagenológica no fue sentenciado por el médico especialista en diagnóstico por imágenes, Dr Marin, demandado en autos, quien solo se limitó a dictaminar “*adenomegalias retroperitoneales. Deberá descartarse patología linfoproliferativa*” (v. fs. 31).

La “ratificación clínica” resultó de la interpretación empírica aplicada a ese examen por el doctor Caffaro.

En este punto me detendré.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Como primera cuestión no es posible concebir que la interpretación formulada por el Dr. Marin en relación a la imagen obtenida configuró diagnóstico. El profesional expresó la necesidad de descartar linfoma sin expresar la vía o estrategia terapéutica o aún quirúrgica a seguir. Ni siquiera enunció las vías posibles de profundización de la investigación de la patología verosímilmente detectada, a raíz de la evidencia de conglomerados adenomegálicos -cuya existencia finalmente no se corroboró-, sino que sólo conservó la condición de “*presunta*”.

Como colofón de este asunto (como se dijo) existían análisis clínicos con resultados normales y el estado general de la paciente no revelaba signos de apariencia patológicos o como en lenguaje más técnico se expresa el doctor Chomont “*no presentaba evidencia física sugestiva de linfoma*”.

Además, el padecimiento de base que presentó la reclamante (dolor) no es una consecuencia habitual del tipo de proceso presuntamente tumoral (v. dictámen del doctor Chomont de fs. 348/369) cuando

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

refiere que el tipo de adenomegalias retroperitoneales no causan dolor por sí mismas).

La confirmación del supuesto tumor y la orientación quirúrgica quedó establecida a partir de la intervención del doctor Cáffaro. Por lo tanto, la conclusión imagenológica con la sugerencia de descartar la presencia de linfoma entiendo que carece de operatividad causal (adecuada y efectiva) con destino a producir todos los acontecimientos dañosos subsecuentes.

La causalidad, noción difícil y enrevesada.

Velez no la sistematizó expresamente aunque lo sugiere con los términos: ocasiona, causare, ocasionado, cause, causado, etc. (arts. 1109,1068,1074, 1111, 1113), o cuando lo supone ya constatado en la extensión del resarcimiento (arts. 520, 521, 902 a 906 del Código Civil). La jurisprudencia sí se ha expedido. Ha sostenido que el análisis de los presupuestos de la responsabilidad no puede desatender de la relación causal y cuando no se ha acreditado la existencia de una relación de causalidad jurídicamente relevante la demanda por daños y perjuicios no puede prosperar (Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos:

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

"Mosca c/ Pcia de Buenos Aires", sentencia del 6 de marzo de 2007).

El Código, tras la reforma de la ley 17.711 al artículo 906 parece haber adscripto a la tesis de causalidad adecuada. Aunque denota cierta incongruencia al excluir a las consecuencias remotas, usando dos criterios distintos lo remoto como opuesto de lo próximo (teoría de la causa próxima).

Pensemos ascépticamente en algunos términos: Probabilidad significa verosimilitud, apariencia de verdad. La previsibilidad es la cualidad de todo aquello que puede ser previsto. Ver con anticipación, conjeturar por indicios o señales lo que ha de suceder.

Sostener que la causa adecuada aparece como previsible es aventurar la probabilidad en función a la previsión del sujeto. Por eso la teoría de la adecuación en el plano objetivo tiene una configuración diferente pues se construye con criterios de normalidad, habitualidad y regularidad, la conducta del responsable es irrelevante. En cambio, cuando la responsabilidad se imputa a título subjetivo el enlace causal por añadidura se traba entre la culpa y el evento. La valoración de la

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

conducta del sujeto se cuela perspicazmente, y la previsibilidad integra la culpa; asiento, plafón o peldaño sobre el cual se construye el nexo causal.

El estudio de la causalidad cumple una función dual: En cuanto a la imputación del hecho dañoso a su autor, individualización del responsable (causalidad material) y en la determinación del contenido de la obligación resarcitoria (causalidad jurídica). La teoría de la relación causal ha sido escamoteada, confundida y malograda. Algunas teorías aplicadas promiscuamente enturbiaron la cuestión (causa próxima, causa adecuada causa eficiente, condición preponderante, condición necesaria).

Las persistentes confusiones entre culpa y causa, entre causalidad, imputabilidad y atribución, la ausencia de un criterio jurisprudencial coherente, a veces afincado sobre meras conjeturas, deformada por otros elementos de la "*fattispecie*" como la culpa o el daño, la identidad en el tratamiento causal de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y en el tratamiento causal para la responsabilidad subjetiva y objetiva, este ultimo desvinculado de todo ropaje de subjetividad.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

La explicación que brinda Goldenberg es muy convincente y aclara el panorama sobremanera. El estudio de la relación causal debe ser fruto de un juicio de adecuación o juicio de probabilidad en abstracto inquiriendo si la acción u omisión -no el mero hecho conforme Viney- que se juzga era de suyo idónea para producir normalmente ese hecho según el curso normal y ordinario de las cosas. Dos son los momentos: La fijación fáctica del nexo causal libre de valoraciones jurídicas, por lo general se realiza según el criterio de "*conditio sine qua non*" (es el límite mínimo). Por último, el juicio de orden jurídico valorativo para establecer si el resultado dañoso causalmente imbricado a la conducta del demandado puede o no serle objetivamente imputado. El salto egológico según Cossio.

Si bien la aprehensión del proceso causal se puede ver flexibilizada en los casos de causalidad concurrente (interferencias a título de concausa, hecho de la víctima, hecho del tercero, "casus"), la desinterpretación de la pérdida de chance como daño futuro cierto veces sostenida como artificio instrumental sobre la base de un incomprensible perjuicio intermedio.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Diré con Rene Savatier, que los jueces no estamos llamados a utilizar estos procedimientos cuando no hay verdadera certeza de la relación causal entre la muerte, lesiones y la culpa del médico, pues nuestra misión es juzgar y no dosificar dudas.

Argumentar sobre la base de cursos causales no verificables desnaturaliza claramente el sistema de la responsabilidad civil y degrada la estrictez en cuanto a la configuración de sus presupuestos.

La causa en medicina es frecuentemente multi o polifactorial. Patogénesis significa un proceso morboso en el cual intervienen procesos etiológicos exógenos y endógenos del paciente.

Se ha sostenido por ejemplo que la coincidencia cronológica puede ser totalmente ajena a la relación de causalidad. Incluso hay ciertos criterios judiciales que ponen más énfasis en la investigación de la conducta culpable del médico que en la relación causal y otros extremos que suplen la incertidumbre del nexo etiológico con la certeza de la culpa. En Uruguay podemos observar dos criterios de causalidad “*de certeza*” y el de probabilidad o verosimilitud.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

Creo firmemente que el criterio de certeza es el que debe gobernar la cuestión de la causalidad en la responsabilidad médica. Savatier con razón dice: *“la misión del juez no es dosificar sus dudas”*

IV.-El caso claramente presenta un curso causal hipotético. Cuando el corte o salto egológico” debe apoyarse en un juicio de estimación que dirima entre lo más probable que improbable en contraposición con una extravagante causalidad. Desde la *“navaja de Ockham”* preferir el proceso mas simple y sencillo que no dependa de la confluencia de varios sucesos, es un propicio razonamiento lógico que dice que *“en igualdad de condiciones la solución más sencilla es probablemente la correcta”*. Esto es, si queremos explicar algo, lo más probable es que la explicación mas aproximada al *“sentido común”* sea la mas probable. Este principio, planteado en el siglo XIV por Guillermo de Ockham, indica que *“es entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem”* o *“no ha de presumirse la existencia de más cosas que las absolutamente necesarias” por lo que la explicación más simple y suficiente es la más probable”*.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

A todo lo argumentado en torno al “iter” en el abordaje de los distintos médicos no debe omitirse que el cuadro tumoral no fue realmente comprobado.

No encuentro razón alguna para imputarle responsabilidad por error de interpretación médica al demandado. Y aún si se aceptase que en razón del resultado del estudio tomográfico y del exámen clínico de la paciente se considerase que la actuación del demandado ha sido incompleta, la solución del caso no variaría, a poco que se observe que fue el médico de cabecera (oncólogo) quien definió la estrategia terapéutica sin incorporar nuevos estudios, ni repetir algunos preexistentes, ni acceder a otras vías de investigación que pudieran clarificar acerca del único indicio supuestamente adverso derivado de la conclusión imagenología. Reafirmo que ni siquiera llegó a efectuar un diagnóstico presuntivo. Solo interpretó una imagen que debió ser valorada con otros antecedentes médicos de la paciente y con su estado clínico.

En suma, ponderando la prueba rendida en autos, valorando que era a cargo de la actora acreditar el supuesto error en la actuación que le imputó

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

al demandado, aún teniendo en consideración que la Corte Federal ha sostenido que en materia de mala praxis cobra fundamental importancia el concepto de prueba compartida que hace recaer en quien se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva (Fallos 324-2689), 323-4178 entre otros).

V.-Con lo que desde la convergencia de todas las avenidas transitadas, con base en un estándar medio realista y comprensivo del plexo comprometido, correspondiente a las pautas señaladas; ese estándar que se corresponde con la categoría del médico prudente, común, genérico, estereotipado, ajustado sobre la base de los artículos 512, 902 y 909 del Código Civil y sin perder de vista las especiales circunstancias de tiempo y lugar que pesaron o pudieron pesar sobre su actuación no existen elementos de convicción suficientes que permitan conectar causalmente dicha deficiencia con el error de diagnóstico (y consecuente ausencia de tratamiento adecuado) que se le imputó a Marin. Ni siquiera podemos forzar una interpretación distinta a la luz de lo dispuesto por el artículo 902 del Código Civil con

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

base en el significativo avance de las ciencias médicas entendiendo que en la actualidad existen medios conducentes al alcance de cualquier profesional avezado, para obtener una gran precisión en una correcta apreciación de una evidencia médica cualquiera sea su fuente en la que se origina entiendo que arribaremos a la misma conclusión que antecede acerca de la imposibilidad de determinar que el destino quirúrgico y previamente la mutación de “sospecha” a “certeza” tumoral observó su origen a partir de la estrategia terapéutica marcada por el profesional Cáffaro.

Por lo tanto, con base en los desarrollos precedentes, concluyo que los agravios de la actora no son de recibo, debiendo confirmarse el decisorio de grado, por los argumentos dados en cuanto al fondo del asunto.

5-1.-En referencia a la responsabilidad atribuida al ente asistencial, el doctor Trigo Represas sostiene que si no media culpa del médico no puede responsabilizarse al ente asistencial pues el reproche al médico es la prueba de la violación del deber de seguridad. Aún entendiendo que podría en algún caso

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

configurarse autónomamente creo que tampoco hay sostén para el reproche. El Sanatorio concertó la prestación del estudio tomográfico, fue a cargo de un médico tratante la prestación propiamente médica resultando ajena la institución pues solo brindó la infraestructura (aparatoología) para la práctica. Ni siquiera puede hablarse de "*culpa institucional*", licencia del lenguaje para Kemelmajer de Carlucci y para Lorenzetti típica responsabilidad sanatorial por el hecho de la empresa por defectuosa organización, falta de servicios. Tampoco puede afirmarse la postergación del estudio (del miércoles al viernes) haya tenido incidencia causal en los posteriores acontecimientos (v. entre otras constancias convalidantes el precitado dictámen de la Academia Nacional de Medicina).

No debe olvidarse que para que los defectos en la organización sanatorial tengan incidencia causal en la configuración del daño deben ser de entidad y tener efectiva conexión con el hecho generador de la responsabilidad, a saber, negativa infundada de atención médica, externaciones sin alta médica, retrasos en el traslado de pacientes, omisión de registro ausencia de

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

servicio de guardia activa, ausencia de aparatología, faltas o fallas en quirófano, vicios o defectos de las cosas, falta en la administración y custodia de la historia clínica, atenciones de guardia sin registro, demora en indicar la derivación a otro nosocomio, actuación de médicos residentes sin supervisión del profesional de planta, entre otros.

“Obiter dicta” digo : Un agudo consejo del procurador de la Corte de Casación Francesa, Dupin sugería que los jueces no deben transformar su estrado en *“en Sorbona médica”* ahorrándose el ridículo de arbitrar entre Hipócrates y Galeno. Aparte de la temeridad que conllevaría una actitud semejante por la carencia formativa, desbordaríamos la función que como Juez nos concierne. No puede hacerse, ni se puede conducir a la magistratura a este terreno, porque para abastecer científicamente la materia del juicio, para ilustrar idóneamente y esclarecer dudas, están los peritos, los informes, las historias clínicas, las opiniones de las academias, entidades especializadas, universidades o cualquier otro ente apto para ese fin.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

VI.-Consecuentemente y atención a los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A LA MISMA PRIMERA CUESTIÓN: El señor juez Carlos Alberto Violini, aduciendo análogas razones, dio su voto también **POR LA AFIRMATIVA.-**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Sr. Juez Luis María Nolfi dijo:

En mérito al resultado de la votación que antecede, el pronunciamiento que corresponde dictar es:

CONFIRMAR la sentencia apelada, en cuanto rechazó la demanda interpuesta por Liliana Mabel Di Martino contra José Marin, Sanatorio Delta y “Sancor Seguros”, con costas de alzada a la misma (arts. 512, 902, 909 del C. Civ. y 68 del rito).

ASÍ LO VOTO.

A LA MISMA SEGUNDA CUESTIÓN, El señor Juez Carlos Alberto Violini.,

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

aduciendo análogas razones, dio su voto en el mismo sentido.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Mercedes, 05 de febrero de 2013.

Y VISTOS:

Considerando que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, y jurisprudenciales, ha quedado establecido que la sentencia apelada de fs. 436/444 con las variantes argumentales dadas debe ser confirmada.

POR ELLO y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede **SE RESUELVE:**

CONFIRMAR la sentencia apelada, en cuanto rechazó la demanda interpuesta por Liliana Mabel Di Martino contra José Marin, Sanatorio Delta y "Sancor Seguros", con costas de alzada a la misma (arts. 512, 902, 909 del C. Civ. y 68 del rito).

REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE. Fdo. DR. LUIS MARIA NOLFI. JUEZ.

Nº de orden.....

Libro

S-10

Juzgado de origen: 8

Exp. Nº: SIII-1748

DI MARTINO LILIANA MABEL

C/MARIN JOSE ANTONIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS

DR. CARLOS ALBERTO VIOLINI. JUEZ. CARLOS

LORENZO ILLANES SECRETARIO.-