

Mala Praxis Medica Intervenciones Quirurgicas Perdida De La Vision Consentimiento Informado

JURISPRUDENCIA

Mala praxis médica. Intervenciones quirúrgicas. Pérdida de la visión.

Consentimiento informado Se rechaza la demanda por daños y perjuicios en la que se atribuye a los accionados responsabilidad médica derivada de las intervenciones quirúrgicas practicadas a la actora como consecuencia de sus problemas de visión, hasta que finalmente perdió la vista de un ojo.

En la ciudad de Mar del Plata, a los 13 de Diciembre de 2018, habiéndose practicado oportunamente en esta Sala Primera de la Cámara de Apelación Civil y Comercial el sorteo prescripto por el artículo 263 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, del cual resultó el siguiente orden de votación: 1º) Dr. Alfredo Eduardo Méndez, 2º) Dr. Ramiro Rosales Cuello y 3º) Dr. Rubén Daniel Gérez se reúnen los Señores Magistrados en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos ?Silva, Ayelén Noé C/ Clínica Privada de Ojos S.R.L. s/ daños y perjuicios. resp. profesional? Instruidos los miembros del Tribunal, surgen de autos los siguientes ANTECEDENTES: I.- A fs. 391/419 dictó sentencia el Señor Juez de Primera Instancia en la que resolvió hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por Ayelén Noe Silva contra el Dr. Gustavo Casanova y la Clínica Privada de Ojos S.R.L., condenando a estos últimos, conjuntamente con la citada en garantía ?SMG SEGUROS S.A. (SWISS MEDICAL GROUP)?, a abonarle la suma de \$ 100.000.- más intereses y costas. La actora interpuso recurso de apelación a fs. 420 mientras que las condenadas lo hicieron en escrito electrónico presentado el 26/7/2018 a las 3:35 p.m. La primera expresó sus agravios mediante presentación electrónica del 3/9/2018 a las 9:56. Las restantes cumplieron con dicha carga el 5/9/2018 a las 10:27 a.m.. Únicamente respondió la actora a fs. 433/36.

II.- La actora tilda de insuficiente la suma acordada en concepto de daño moral. Entiende que la cuestión no puede quedar librada a la subjetividad del juzgador, debiendo observarse realidades objetivas y concretas como lo es la gravedad del perjuicio ocasionado y las consecuencias extrapatrimoniales que el mismo ha producido en el damnificado. Acude a los parámetros conceptuales propuestos por el nuevo código y señala que aquí se encuentra acreditado que el demandado realizó a la actora nueve intervenciones quirúrgicas, violando derechos fundamentales tales como la autodeterminación y la integridad física. En suma, resalta que los demandados le impidieron que pudiera optar por realizarse o no las intervenciones violando su derecho a la libertad de elección.

III.- Los demandados y la aseguradora vinculan su queja a la responsabilidad atribuida a su parte y a la suma acordada por daño moral. En cuanto a lo primero se agravan de que el Juez considere que la omisión de consignar por escrito en el consentimiento informado el riesgo de la operación y las consecuencias posibles sea fuente de responsabilidad y que por ello se hubiese violado el derecho de la paciente a rechazar el tratamiento y elegir ?dejar que la ceguera de uso ocurra naturalmente?. Resaltan que está acreditado que la información fue dada verbalmente al paciente. Destacan que en la absolución de posiciones de la actora surge claro el reconocimiento de la Sra. Silva de que le fue explicado por parte del galeno el procedimiento de cirugía con las consecuencias de no practicarla, las posibles consecuencias de éstas y en especial el riesgo de que no se obtengan los resultados buscados. Señala que ello es relevante porque el a-quo entiende que la norma sólo debe ser cumplida por escrito; mas, su parte entiende, que no debe ser así ni seguirse tal formalidad si hay un expreso reconocimiento de la actora de haber sido informada. En su segundo agravio se disconforma de la interpretación del Juez en cuanto entiende que se ha violentado el derecho de la actora a rechazar las intervenciones quirúrgicas. Observa que esta última no esbozó razón alguna por la cual hubiera rechazado un tratamiento. Aduce luego que el a-quo no ha reparado que frente al fracaso del tratamiento realizado con el propósito de intentar salvar la visión de sus ojos (deteriorada por una diabetes negligentemente cuidada) la actora pretende obtener una indemnización basada en que si hubiera existido consentimiento informado escrito habría sabido que podía optar por no operarse. Nada más irracional desde su punto de vista que admitir que alguien pueda optar por la ceguera cuando existe una chance de poder salvar la vista. El tercer agravio lo dedica a impugnar por excesiva la suma fijada en concepto de daño moral. Pone en foco las pautas objetivas y el mínimo anclaje probatorio que debe sostener a tal partida y destaca que en autos no hay un solo elemento de prueba que demuestre que la actora haya padecido una modificación disvaliosa de su espíritu o haya visto afectado su equilibrio anímico. Evalúa que debió hacerse mérito del daño moral provocado por el hecho de no haber sido informada con la consecuente imposibilidad de rechazar el tratamiento; y no de la ceguera en sí misma. En su cuarto agravio cuestiona que el sentenciante haya considerado acreditada la relación de causalidad entre la obligación formal de consignar por escrito la información dada al paciente y la existencia de daño moral. Insiste en que se ha probado que la información se le brindó verbalmente y recuerda que los consentimientos informados no se llevan a la casa para analizar, sino que son constancias que quedan en la HC; es un recibo de que se cumplió con una obligación; pero si esta última se cumplió por otro medio y hay prueba que así lo demuestra, no existe

justificación que sea fuente o causa del daño. En base a ello, los Señores Jueces resolvieron plantear y votar las siguientes CUESTIONES: 1ª) ¿Es justa la sentencia de fs. 391/419? 2ª) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO: Previo a ensayar una solución al dilema puesto a mi consideración, me permito efectuar algunas reflexiones. En primer lugar observo que la actora bifurcó su reclamo en una supuesta mala praxis y en una violación del deber de información por parte del galeno y la clínica demandados. La Historia Clínica y la Pericia Médica (v. fs. 16/56 y fs. 354/57) muestran que Ayelén Noe Silva padecía retinopatía diabética avanzada, lo cual motivó que le realizaran nueve intervenciones quirúrgicas como consecuencia de sus problemas de visión, hasta que finalmente perdió la vista de su ojo derecho. Llega firme a esta Alzada que el a-quo, en tramos de la sentencia que no merecieron cuestionamiento, tuvo en cuenta que estamos frente a obligaciones de medios donde el deudor -médico- solo se obliga al desarrollo de una actividad o conducta diligente de conformidad con la lex artis; y que aquí, de acuerdo a lo dictaminado por el perito actuante en su informe de fs. 354/57 y en las explicaciones dadas en la Audiencia de Vista de Causa (que ha sido escuchada y vista por quien suscribe), no ha habido mal accionar del profesional interviniente, Dr. Gustavo Casanova. Resaltó el a-quo que al ser preguntado el perito acerca de cómo calificaría la intervención médica del 1 al 10 la calificó como 10 -ver mins. 1:39:25 a 1:39:40 CD de fs. 380). Valoró el Juez que el perito señaló que las cirugías no habían sido experimentales y que ellas son lo único que tenemos en estas situaciones y que son probadas...nosotros sabemos que es correcto hacerlo pero que muchas veces no funcionan...y en este caso no anduvo?. Puso en foco otro tramo del dictamen en el que el Dr. Borghi explicó que la diabetes padecida por la actora y el embarazo y parto previo a las intervenciones fueron causas que generaron la ceguera, que el embarazo se desaconseja porque es un factor de empeoramiento. En sintonía con lo dictaminado concluyó en que las intervenciones realizadas por el galeno demandado fueron adecuadas y que no ha mediado relación causal entre su accionar y el daño efectivamente sufrido por la actora. No obstante, los condenó por haber incumplido con su deber de recabar correctamente el consentimiento informado? y ese será el eje por el que orbitará la decisión. Existen ocho constancias en la Historia Clínica caratuladas como consentimiento clínico quirúrgico informado? (fs. 25,28, 33, 37, 41, 45, 51 y 57). Su redacción generalizada es lo que motiva la conclusión de no haber sido la paciente informada correcta y pormenorizadamente de las consecuencias y riesgos de las intervenciones que se le practicarían. En ellas se deja constancia de que se le ha explicado pormenorizadamente la naturaleza y los fines de la operación, informándosele de los beneficios esperados y las complicaciones por causas conocidas y riesgos que pudieron producirse; pero no se indica por escrito específicamente cuáles serían esos beneficios ni tampoco los posibles riesgos. Cabe agregar que el consentimiento fue suscripto por la propia interesada y también por quien la acompañaba (su madre) No obstante y pese a que es cierto que el consentimiento en los términos recién evaluados no se avendría con los recaudos exigidos por la ley 26.529 (modificada por la 26.742 y decreto reglamentario 1089/2012) y por el 59 del Código Civil y Comercial de la Nación - lo que también resulta opinable, pues la interesada reconoce haber sido informada -, no comparto la conclusión a la que arriba el sentenciante, quien considera que debe indemnizarse el daño resultante de la privación de la posibilidad del paciente de rechazar el acto médico. La conclusión recién propuesta amerita un espacio de reflexión sobre el alcance que ha de darse a la ausencia de información suficiente sobre las posibles implicancias y vicisitudes del acto quirúrgico que se le iba a realizar a la actora. Toda persona tiene derecho a ser informada en forma oportuna y comprensible por parte del médico u otro profesional tratante acerca de su estado de salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamientos disponibles para su recuperación -si es que las hay- y de los riesgos que ello pueda representar, así como el pronóstico esperado (arg. Carmelo, Gustavo-Picasso Sebastián-Herrera marisa ?Código Civil y Coercial de la Nación comentado? 1º ed. Buenos Aires Infojus 2015 v. 1 pág. 144; López Mesa, Marcelo ?Los médicos y el consentimiento informado? en El Derecho 11/2/2016 N° 13.892). El fundamento de ese derecho es la protección de la autonomía y la autodeterminación de los pacientes. Hago un alto aquí para destacar que existe otro principio que es el de ?beneficencia? según el cual el médico debe actuar siempre intentando proteger los intereses del paciente, ésta es la idea que subyace a la máxima hipocrática primum non nocere. Se acepta bajo ciertas circunstancias que el médico, que es quien sabe mejor lo que al paciente le conviene, eventualmente, se mantenga silente en dar cierta información con el objeto de no amedrentarlo. Pero volviendo a la insuficiencia en el consentimiento que postula esta causa, si bien la omisión en dar información suficiente puede ver comprometida la responsabilidad del galeno, lo será siempre y cuando la omisión se encuentre en relación causal adecuada con el daño causado. En otras palabras, no siempre la falta de cumplimiento con el requisito exigido de dar consentimiento torna automáticamente responsable al médico (voto del Dr. López Mesa Cám. Apel Trelew Sala A 2/10/2015 ?Quiroga M c/ P. J. s/ daños y perjuicios? expte. n° 204). Nos encontramos ante un supuesto en el que la praxis médica, según informa el dictamen pericial (fs. 354/57 y explicaciones escuchadas y vistas en audiencia videograbada) fue realizada según las exigencias de la lex artis y; sin embargo se ha cumplimentado el deber de informar en forma defectuosa. Resulta más sencillo establecer el nexo causal entre la conducta negligente de un médico y el daño derivado de esa actuación, que aquél que existe entre la ausencia de consentimiento informado y

el daño derivado de tal omisión; pues la relación causal estaría dada en buscar el daño que le pudo haber causado la ausencia de información suficiente, lo cual pudo haber afectado, en todo caso, su capacidad de autodeterminación; pero ello así siempre y cuando esa falta de información hubiese privado al paciente de la posibilidad efectiva de optar por otro tratamiento, o cuando de no realizarse la intervención quirúrgica, el daño se hubiera evitado (doct. Arts. 1726 y 1736 CCC; arg. CC0002 AZ c. 61478 3/5/2018, con voto del Dr. Peralta Reyes). En otras palabras, la causalidad consiste en determinar si un hecho es condición necesaria del daño en términos tales que si se suprime se elimina el resultado. Esto último nos lleva a preguntarnos ¿qué hubiese ocurrido si la actora no se realizaba las operaciones en su ojo?, es decir añadimos mentalmente el comportamiento omitido y evaluamos si el resultado lesivo se habría producido. La respuesta es contundente para el perito: "...si no le operaban el ojo, iba a quedar ciega de ese ojo..."(fs. 256 inc. 1º; arts. 375, 384, 457 y cc CPC). Con lo cual, no se hubiera eliminado el resultado de haber optado Ayelen Silva por no operarse. Su pronóstico, en mayor o menor tiempo, era la pérdida total de la visión. Como señala Fernando Pantaleón Prieto "...un evento dañoso no puede ser objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión...no habrá existido incremento de riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado cuando se constate con seguridad rayana en la certeza que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también de haber obrado el dañante diligentemente? (Fernando Pantaleón Prieto ¿Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación? en AAVV Centenario del Código Civil Madrid Ministerio de Justicia 1990 tomo II pp 1577-1578). En función de lo analizado y a poco de observar lo acontecido, considero que, aún teniendo por acreditado el incumplimiento del deber de información del médico, lo cierto es que la actora no ha invocado un daño vinculado causalmente a él. Recordemos que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, u optar por otra (arg. SCBA LP Ac. 91961 20/12/2006; Ac. 82684 31/3/2004 y ots.). En la absolución de posiciones Ayelén Silva jura como es cierto que fue informada del mal pronóstico que padecía y que la disminución visual está directamente relacionada con la diabetes que padece desde su juventud. Manifiesta: "si el Dr. Me hubiese informado que de todas maneras yo iba a perder la vista, yo elegía...?". En ningún momento asevera que hubiera optado por no operarse. Pero lo que, a mi modo de ver resulta trascendente, es que no parece verosímil -frente a la gravedad de su cuadro clínico (que ella conocía perfectamente) y habiendo pasado por un embarazo con el consecuente agravante que ello significaba, hubiese optado por la alternativa de no operarse y perder sin más la vista, cuando existía, al menos, alguna posibilidad de alargar el tiempo de visión. Ahora, cuando aconteció el daño, acelerando el resultado, imputa negligencia al médico por la falta de información. Sin embargo, vuelvo sobre lo dicho, escapa a toda lógica que una persona que tiene la posibilidad de mantener un tiempo más su visión -aunque asumiendo un riesgo- opte -insisto- por quedarse ciega sin hacer nada. Tampoco acredita la existencia de otro tipo de tratamiento o alternativa menos gravosa o menos arriesgada, como para considerar que se violó su derecho a la autodeterminación. De haber ocurrido eso, existiría una relación causal adecuada que permitiría admitir la acción; pero este, como dije, no es el caso. La actora es insulino dependiente padece diabetes desde los 5 años de edad; se ha comprobado que no hubo un mal accionar del médico y que las intervenciones quirúrgicas posteriores a la primera fueron para solucionar complicaciones inherentes a la propia enfermedad; que los desprendimientos de retina, tracciones y fibrosis retinales, aparición de cataratas, migración de aceite, aumento de la presión intraocular, cierre de las iridotomías ocurren en estos ojos profundamente afectados por la retinopatía diabética, y que la actora si no se operaba iba a quedar ciega de ese ojo (fs. 355 vta. y 356). No debe perderse de vista que debe evaluarse lo acontecido en aquel entonces, cuando tomó la decisión de operarse, y no ahora, cuando el desenlace infortunado se produjo y esa aleatoria mejoría lamentablemente no pudo conseguirse. No está demás señalar que el ejercicio de la medicina podría definirse como una actividad falible que maneja dos racionalidades: una, la búsqueda del menor error posible y la otra, la del mayor beneficio probable (conf. Seoane Marín Sotelo Lago, Rosario Alicia y Maccagno Armando ¿Los caminos del error médico? Cuadernos de Medicina Forense Año 2 n° 2, pág. 73/78; conf. C.N. Civ. 14/9/2007 ¿Andrés Lidia c/ Swis Mecical Group?). Es lo que aquí hizo el profesional quien puso sus conocimientos para intentar mejorar la situación de su paciente, y en post de las expectativas de curación, acudió a la única alternativa terapéutica que podía evitar, al menos temporalmente, la ceguera, asumiendo el riesgo de que ésta de todos modos podría advenir. Puede verse a fs. 31 que en la consulta realizada el 13/4/2015 con anterioridad a la primera operación, se consignó que la paciente fue sometida a una cesárea tres meses antes y que luego empezó a ver mal, habiendo perdido su visión el día anterior a la consulta; se le explicó muy mal pronóstico en ojo derecho. En realidad esa era una de las posibilidades pero lo cierto es que también estaban las de mejorar su visión, al menos temporalmente (punto 1º fs. 356). Recapitulando, el insuficiente ¿consentimiento informado? podría ser causal de daño por no haber podido decidir sobre la posibilidad de algún tratamiento aleatorio o sustitutivo, o no someterse a los riesgos, cuando, de no realizar la intervención quirúrgica, esos riesgos no hubieran existidos; pero, en este caso, la actora padecía una retinopatía diabética de larga

data, había pasado por un embarazo con el conocimiento de que ello era poco aconsejable, le fue explicado y así se consignó el mal pronóstico del ojo. No descuido lo desafortunado que debe ser para una persona joven como lo es Ayelén Silva, perder la visión de uno de sus ojos, pero en función de lo analizado no encuentro relación causal entre la falta de información y el daño que lleve a responsabilizar al demandado, debiendo revocarse la sentencia y rechazarse la demanda interpuesta contra el Dr. Gustavo Casanova y la Clínica Privada de Ojos, con costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 CPC). III.- Por lo demás, el restante agravio de la demandada y el recurso de la actora han caído en abstracto. Voto por la NEGATIVA. A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. RAMIRO ROSALES CUELLO DIJO: Comparto la solución que propone mi colega en el voto que abre el acuerdo, más no los fundamentos que allí conducen a ella. La razón que me persuade de la necesidad de este apartamiento es la existencia del postulado de la libertad que en lo pertinente indica que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados (art. 19 C.N.). Por imperio de este principio inherente a toda sociedad libre, se otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado ni de los particulares si aquellas no violan los derechos de terceros (Fallos: 306:1892). Por lo tanto existe un espacio de autonomía individual que incluye a la integridad corporal de la persona, donde no es lícito inmiscuirse (CSJN, A. 523.XLVIII ?Albaracín Nieves, Jorge Wshington s/ medidas precautorias?). En el caso concreto, cuadra señalar que el señorío sobre su cuerpo que venimos refiriendo y que hace al derecho de autodeterminación, también abarca a la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento médico independientemente de las consecuencias que para sí se sigan de tal decisión (CSJN Fallos 316:479 ?Bahamondez?, voto Dres. Fayt y Barra). Si bien la falta de consentimiento informado es susceptible de impedir la libre determinación de un paciente sobre su salud, sin embargo advierto que no ha sido esa la base del reclamo del daño moral de la accionante. En efecto, a la altura de este rubro se lo relaciona con el padecimiento en el acto lesivo, tanto físico como psíquico, cuyas consecuencias han requerido asistencia médica y psicológica influyendo disvaliosamente en su espíritu. La mera mención de una indudable lesión a sus derechos personalísimos sin especificar en el desarrollo de esa partida a cuál de tales derechos se alude y sin exponer el fundamento de ese cercenamiento, me impide admitir el reclamo del resarcimiento de este concepto (arg. art. 330 inc.1 3°, 4° y 5° y 163 inc. 6° CPC). ASÍ LO VOTO.- EL SEÑOR JUEZ DOCTOR RUBÉN DANIEL GÉREZ ADHIRIÓ AL VOTO DEL DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA EL SEÑOR JUEZ DR. ALFREDO EDUARDO MÉNDEZ DIJO: Corresponde, POR MAYORÍA DE OPINIONES: REVOCAR la sentencia de fs. 391/419, rechazando la demanda interpuesta por Ayelen Noe Silva contra el Dr. Gustavo Casanova, la Clínica Privada de Ojos S.R.L y su aseguradora SMG SEGUROS S.A. (SWISS MEDICAL GROUP), con costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 y 274 CPC). ASÍ LO VOTO.- LOS SEÑORES JUECES DRES. RAMIRO ROSALES CUELLO Y RUBÉN DANIEL GÉREZ VOTARON EN IGUAL SENTIDO Y POR LOS MISMOS FUNDAMENTOS. Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente: -SENTENCIA- Por los fundamentos consignados en el precedente acuerdo, SE RESUELVE, POR MAYORÍA DE OPINIONES: REVOCAR la sentencia de fs. 391/419, rechazando la demanda interpuesta por Ayelen Noe Silva contra el Dr. Gustavo Casanova, la Clínica Privada de Ojos S.R.L y su aseguradora SMG SEGUROS S.A. (SWISS MEDICAL GROUP), con costas de ambas instancias a la actora vencida (art. 68 y 274 CPC). NOTIFÍQUESE personalmente o por cédula (art. 135 CPCC). DEVUÉLVASE.- 038291E