

# LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS RECEPCIONADA EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA: SU INFLUENCIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

DOCTRINE OF DYNAMIC EVIDENTIARY BURDENS ACCEPTED IN THE  
CIVIL AND COMMERCIAL CODE OF THE ARGENTINE NATION:  
ITS INFLUENCE ON CIVIL MEDICAL RESPONSIBILITY

Recibido: 20/03/2018 – Aceptado: 26/07/2018

**Mariana Alejandra Bordón<sup>1</sup>**

Universidad Nacional de Cuyo (Argentina)  
marianaabordon@gmail.com

1 Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo. Diplomada de Posgrado Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994. 3° Cohorte, (Universidad Nacional de Cuyo).

**Resumen:** El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) tiene nuevos paradigmas que implican una necesaria elasticidad de las normas jurídicas, obliga a los destinatarios a realizar una integración armónica del ordenamiento jurídico. Este código contempla una serie de preceptos que, en materia de responsabilidad civil médica, posibilitan que tanto los profesionales de la salud como las instituciones de dicho servicio tomen recaudos indispensables para evitar incurrir en una mala praxis. Por su parte, la incorporación de la novel doctrina de las cargas probatorias dinámicas al CCyCN con fundamento constitucional, junto a otras disposiciones, convierte al apartado jurisdiccional en uno de los principales receptores del nuevo código. La nueva estructura legal no limita su aplicación a una mala praxis médica, sino que faculta al juez a hacer uso de esta facultad dependiendo del caso en concreto: distribuyendo la prueba de la culpa o de haber actuado con diligencia debida, ponderando la mejor situación para aportarla.

**Palabras clave:** Flexibilidad; Cargas Probatorias; Facultad Judicial; responsabilidad médica; cargas probatorias dinámicas.

**Abstract:** The New Civil and Commercial Code of the Nation (CCyCN) has new paradigms that imply a necessary elasticity of the legal norms, forcing the addressees to conduct a harmonious integration of the legal system. This code considers a series of precepts that, in terms of medical civil liability, enable both health professionals and institutions of aforementioned service to take required precautions to avoid incurring in malpractice. On its behalf, the incorporation of the new doctrine of dynamic evidentiary burdens in the CCyCN with constitutional grounds, together with other regulations, transforms the jurisdictional section into one of the main recipients of the new code. The new legal structure does not limit its application to medical malpractice, but it empowers the judge to make use of this power depending on the specific case: distributing proof of fault or having acted with due diligence, analyzing the best situation to provide for it.

**Keywords:** Flexibility; Evidentiary Burdens; Judicial Power; medical liability; dynamic evidentiary burdens.

## **Sumario**

1. Introducción
2. Nociones generales de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas
  - 2.a ¿Teoría del derecho procesal o sustancial?
  - 2.b Fundamento
  - 2.c Concepto
  - 2.d La aceptación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas
    - 2.d.1 En las fuentes del derecho
    - 2.d.2 En el Código Civil y Comercial de la Nación
3. Puntualidades de la responsabilidad civil del profesional médico
  - 3.a Mala praxis médica. Terminología
  - 3.b La relación médico-paciente en el Código Civil y Comercial de la Nación
  - 3.c El principal objeto de la ciencia médica: la salud de la persona humana
    - 3.c.1 Capacidad civil del paciente
    - 3.c.2 Protección a los derechos personalísimos
  - 3.d La finalidad del arte de curar
4. Fundamentación de la teoría de la carga probatoria dinámica en un proceso por mala praxis médica
  - 4.a La responsabilidad civil como sistema
  - 4.b Bienes jurídicos en conflicto: la salud y el ejercicio libre de la profesión
5. Tendencias actuales. Extensión de la teoría
6. Conclusión
7. Bibliografía
  - 7.a Índice documental

## 1. Introducción

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas ha sido incorporada al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) recientemente sancionado. En el presente trabajo abordaré en qué consiste la flexibilidad del *onus probandi* en los juicios en los que se reclaman las consecuencias del ejercicio de los profesionales de la salud.

Del diálogo mantenido con profesionales de la salud, surge que la mayoría de éstos desconoce la normativa respecto de cómo prevenir una mala praxis y por consiguiente no toman conciencia de la importancia que reviste la *comunicación* que debe existir entre el profesional y el paciente, lo que puede llevar a graves consecuencias como lo es la vulneración de los derechos personalísimos.

Se genera un desequilibrio ante el juzgador cuando se demanda a un profesional de la salud, ya que solo el conocimiento científico del propio demandado puede probar si ha incurrido o no en un obrar culpable.

Frente a este desequilibrio la jurisprudencia y la legislación han avanzado notablemente, presentando numerosos antecedentes jurisprudenciales con sustento en el bloque constitucional del ordenamiento jurídico.

Puntualmente, analizaré la solución que regula el CCyCN en el artículo 1735, el cual recepciona *la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, y demás instituciones del derecho vigente que inciden en la relación médico-paciente.

Respecto del derecho local, la reciente sanción del código de procedimiento mendocino ha generado un efecto expansivo de dicha doctrina, permitiendo que sea aplicada a otras causas siempre que exista un sujeto que se halle en mejores condiciones de probar respecto de su litigante.

## 2. Nociones generales de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

### 2.a ¿Teoría del derecho procesal o sustancial?

El proceso civil se encuentra sustentado por una serie de principios en base a los cuales se estructura una serie encadenada de actos que posibilitan que el mismo culmine con la verdad real. En esta estructura, el derecho procesal no es una rama autónoma, sino que por el contrario es la rienda que determina la aplicación de las normas de fondo. Consecuentemente, si éstas mutan, el derecho

de forma debe adaptarse a las modificaciones de aquellas.

Concebir al ordenamiento jurídico como elemento del Estado implica que no debe aplicarse el derecho rígidamente, excluyendo una rama de la otra, ya que de este modo solo se logra el estancamiento de las soluciones jurisprudenciales. El Título Preliminar del CCyCN presenta este paradigma, indicando una integración armónica del sistema de las normas del derecho civil argentino.

De acuerdo a lo expresado, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no debe ser abordada desde lo procesal, sino que debe integrarse conforme el derecho positivo vigente<sup>2</sup>.

## 2.b Fundamento

La doctrina fomentada por Leo Rosenberg<sup>3</sup> establece un criterio estático del *onus probandi*: en cada una de las partes se halla una carga procesal genérica para probar el hecho por el cual invoca una norma para fundar su pretensión o resistencia en un proceso, delimitando así el objeto de la prueba solo al hecho controvertido. Sin embargo, las normas del derecho de fondo han cambiado.

Para decirlo con otras palabras, el principio dispositivo del proceso civil sufre las transformaciones que el derecho de fondo trae consigo, e imperiosamente imponen al *onus probandi* adoptar un criterio dinámico.

El CCyCN es un código que ha flexibilizado los institutos del derecho civil, estableciendo criterios rectores, más que normas imperativas, ya que presenta un gran contenido de disposiciones formales, que encuentran respuestas en los fundamentos del anteproyecto. Dichos fundamentos específicamente aclaran que las normas sobre la carga de la prueba “no son procesales, sino directivas concretas sobre el tema a decidir”<sup>4</sup>.

2 La interpretación armónica del Derecho es resultado de la creciente *constitucionalización del derecho privado*.

3 Conforme lo expone Abraham Luis Vargas la doctrina se origina en el garantismo procesal: En VARGAS, Abraham Luis. Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos. (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: file:///D:/Documentos%20de%20Usuario/Desktop/cargasprobatoriasdinamicas%20borrar111.pdf

4 ITURBIDE, Gabriela A. Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial. *RCCyC* [en línea] 2017 (mayo), 04/05/2017, 95. Cita Online: AR/DOC/884/2017 (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <http://thomsonreuterslatam.com/2017/05/las-cargas-probatorias-dinamicas-y-su-alcance->

## 2.c Concepto

El posmodernismo procesal acarrea una flexibilización del principio de congruencia, cediendo éste ante otros principios más valiosos, según el caso en concreto. Como lo expone Abraham Luis Vargas, Jorge Peyrano impulsa la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, de origen pretoriano que consiste en colocar la carga de la prueba en cabeza de quien esté en mejores condiciones de probarla<sup>5</sup>.

Para Peyrano, es ineludible que un proceso judicial deba adaptarse a las circunstancias propias del caso, dejando de lado las abstracciones para ajustarse a la realidad. Este es el fundamento moderno que justifica que las cargas probatorias deban desplazarse de actor a demandado o viceversa. En virtud de ello, Juan Carlos Borangina y Jorge Meza destacan la tesis de Jorge Peyrano quien expresa que “se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de producirla”<sup>6</sup>.

Los principios procesales son preceptos regidores de la labor judicial. Su regulación en el ordenamiento vigente, posibilita que el juzgador conduzca el proceso a fin de obtener la verdad real sin vulnerar las garantías procesales de las partes y con ello llegar a un resultado justo.

De las garantías procesales de defensa en juicio y debido proceso, reguladas en la Constitución Nacional y en el bloque de tratados internacionales de derechos humanos, se desprenden una serie de principios procesales que se observan a la hora de impartir justicia. Esta regulación procesal permite reforzar los valores de un Estado de Derecho que garantiza los principios de una república democrática en la búsqueda de una verdad real más que formal.

Centrando lo expuesto en el vigente ordenamiento local mendocino, el

en-el-codigo-civil-ycomercial/

5 VARGAS, Abraham Luis. Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos. (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: file:///D:/Documentos%20de%20Usuario/Desktop/cargasprobatoriasdinamicas%20borrar111.pdf

6 BORAGINA, Juan C. y MEZA, Jorge A. Carga de la prueba de los presupuestos del acto ilícito en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Microjuris Argentina*. [en línea] 2016 (mayo), 26/05/2016 (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/05/26/carga-de-la-prueba-de-los-presupuestos-del-acto-ilicito-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

artículo 2 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza (CPCCTMza) establece los siguiente principios procesales: acceso a la justicia y derecho al proceso, dispositivo, alternativa de resolución de conflictos, impulso procesal compartido, oralidad, celeridad y concentración, contradicción, igualdad y cooperación, buena fe, pluralidad de formas, publicidad cooperación internacional e imparcialidad.

Al hablar del desplazamiento del *onus probandi* la buena fe procesal de los litigantes y el principio de colaboración son los postulados que cobran especial relevancia en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

El magistrado debe justificar el dinamismo. El desplazamiento implica colocar en la cabeza de la parte que esté en mejores condiciones de probar, lo que obliga al litigante a colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos.

## **2.d La aceptación de la Doctrina de las cargas probatorias dinámicas**

### **2.d.1 En las fuentes del derecho**

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, cuyo origen pretoriano se analizará oportunamente, ha sido contemplada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y algunos códigos procesales locales (como es el caso de Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa y a partir del 1° de febrero de 2018, Mendoza).

Sin perjuicio de ello, lo novedoso es que se trata de un instituto recientemente incorporado al CCyCN, sellando una discusión originada en los primeros anteproyectos de unificación del Código Civil y Comercial, cuya regulación se encontraba dividida en atención a su constitucionalidad o inconstitucionalidad.

En los demás anteproyectos, cuando se intentaba incorporar dicha doctrina, la misma era vetada siguiendo la tesis de la inconstitucionalidad, cuyos fundamentos en general se circunscribían a la violación de la defensa en juicio de las partes de conformidad con el artículo 18 de la Constitución Nacional. Teniendo en cuenta que el demandado debería probar lo dicho por su demandante, se generaba una barrera de oposición a esta doctrina por parte de quienes promovían el garantismo procesal, cuyos postulados encuentran respaldo en el estado de derecho constitucional.

Es importante resaltar que este garantismo procesal encuentra fundamento en los derechos de primera generación: derechos civiles y derechos políticos. Esta

generación de derechos defiende como premisas principales la libertad y seguridad de las personas. Desplazar la carga probatoria implicaba un avasallamiento del individuo en el marco de los derechos reconocidos tras grandes luchas.

El avance del reconocimiento de derechos humanos lleva a encontrarnos con los derechos de segunda generación. Éstos, nucleados por los derechos sociales, económicos y culturales, se corresponden con el estado social del constitucionalismo. El axioma principal de esta etapa es la igualdad entre los hombres. En este contexto se gesta la constitucionalidad de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Quienes avalan la constitucionalidad de la doctrina referida se fundan en el activismo procesal<sup>7</sup> originado en el estado social. Estas ideas permiten garantizarles a las personas condiciones de vida digna, proclamando la igualdad en el reconocimiento y tutela de los derechos humanos.

La justicia, la paz social y la solidaridad son los derechos de tercera generación. De este movimiento se desprende que sus postulados permiten la defensa de la constitucionalidad de la doctrina, atento a que, promover las relaciones pacíficas, buscar soluciones alternativas de resolución de conflictos y fomentar la igualdad de las partes –considerando las condiciones de cada individuo–, son los parámetros seguidos en la reforma constitucional de 1994 y la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos conforme el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna.

Esta redirección de la estructura en la que hemos estado imbuidos ha llevado a la regulación de los tres primeros artículos del CCyCN, fundamentando –entre tantos otros principios derivados de la constitucionalización del derecho privado– la inclusión de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

Comienza el CCyCN, estableciendo que *los casos* que rige “deben ser resueltos según las leyes que le resulten aplicables”. Los destinatarios de este nuevo cuerpo legal son los jueces, investidos de autoridad con la motivación de sus sentencias, las que deben ser fundadas razonablemente. Adoptar la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no afecta garantías constitucionales, sino que, por el contrario, resguarda los principios de buena fe e igualdad procesal.

La doctrina jurisprudencial originó la distribución de las cargas proba-

7 El activismo procesal tiene como parámetro la eliminación de la rigidez de las normas.

torias dinámicas, en el fallo Pinheiro del 10/12/1997 de la CSJN<sup>8</sup>. Los actores promovieron demanda por mala praxis contra el Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario por no haber adoptado medidas de prevención y tratamiento necesarias para superar las dificultades producidas en un parto, que llevaron finalmente a la pérdida del feto causada por asfixia. La Cámara confirma la sentencia del a quo, aludiendo que no existía ningún elemento probatorio que acreditara evitar el desenlace fatal. Los vencidos, agraviados en la resolución de segunda instancia, recurren al máximo Tribunal aduciendo que las instancias anteriores solo se basaban en una fundamentación aparente, plagada de contradicciones y en el peritaje médico. La CSJN revoca la sentencia fundando su decisión en que las anteriores instancias habían omitido cuestiones trascendentes como la adulteración de la historia clínica, y solo habían resuelto sobre la responsabilidad de los médicos basándose en las pruebas periciales. Ello no podía redundar en detrimento de la paciente debido a la situación de inferioridad en que ésta se encontraba al efecto, además, la obligación de colaborar en la actividad esclarecedora de los hechos le incumbía al policlínico demandado. La interpretación de la prueba realizada en la sentencia se había limitado a un análisis aislado de los diversos elementos de juicio obrantes en la causa. Del voto del Dr. Alfredo Vázquez puede citarse:

“Que en el tema de mala praxis médica [...] como en la mayoría de los casos se trata de situaciones extremas de muy difícil comprobación, cobra fundamental importancia el concepto de “la carga dinámica de la prueba” o “prueba compartida” que hace recaer en que quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo (médicos o entidad hospitalaria, por tener un conocimiento técnico y haber intervenido en forma directa en el hecho dañoso). Asimismo, que esta desigualdad de las partes en el proceso, ha llevado a la doctrina a otorgarle suma importancia a las presunciones judiciales *—praesumptio hominis—*. En síntesis, se abandonan los preceptos rígidos para perseguir la resolución justa *—según las circunstancias fácticas—* de las delicadas y especiales

8 CSJN Sentencia 10 /12/1997. Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario. s/ Daños y perjuicios.

cuestiones integrantes de la litis. Dicho de otra manera, ambas partes tienen la obligación de aportar sus pruebas tendientes a que el juzgador pueda desentrañar mejor la verdad objetiva, más allá de la meramente formal...”<sup>9</sup>.

Surge del análisis de dicho precedente, que resulta imprescindible analizar la plataforma fáctica de cada caso en particular para determinar la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas.

En Mendoza, originariamente dicha doctrina ha sido receptada para resolver los casos en los que se encuentran controvertidos los actos de simulación, entendiendo que las partes del acto simulado se encuentran en mejores condiciones para probar<sup>10</sup>.

Sin perjuicio de ello, luego de la entrada en vigencia del nuevo código de fondo en el cual la doctrina es recepcionada desde el derecho sustancial, se ha extendido la promoción de la misma a los casos de mala praxis médica<sup>11</sup>, acción de amparo<sup>12</sup>, y acción procesal administrativa (APA)<sup>13</sup>.

## 2.d.2 En el Código Civil y Comercial de la Nación

Específicamente, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es recepcionada en el CCyCN al regular las relaciones de familia y la responsabilidad civil. No obstante, el instituto se encuentra regulado con distintas finalidades, presentando profundas diferencias.

9 CSJN Sentencia 10 /12/1997. Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario. s/ Daños y perjuicios

10 CARMONA DE BET, María EN J: CARMONA DE BET MARIA c/ PUCHE JUAN p/ ORDINARIO p/INCONSTITUCIONALIDAD-CASACION “En la acción de simulación iniciada por terceros, resulta plenamente aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues es de toda razonabilidad pensar que es mucho más fácil para quien participó en el acto acreditar la veracidad del mismo, que para el ajeno acreditar la simulación”. 10/09/1998.

11 SCJM. Sala 1. 28/04/2016. CLINICA J.J. LLAYER EN J° 50.881/47.059 BARROSO IVANA C/ CLINICA J.J. LLAYER Y OTS. P/ ORDINARIO S/ INC-CAS.

12 SCJM 13/05/2015 PROTECTORA A.D.C. EN J°250.51 5/50.822 PROTECTORA ASOCIACION CIVIL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR C/GOBIERNO DE LA PCIA. DE MENDOZA P/AMPARO.

13 SCJM. Sala 2. 08/06/2015 BIDAUX, SILVA Y OTS. C/DIRECCION GENERAL DE ESCUELAS P/A.P.A.

Para el primero de los supuestos, la distribución de las cargas probatorias dinámicas resulta ser una norma imperativa para el magistrado, mientras que, para el segundo, se trata de una facultad judicial. Otra diferencia importante radica en los presupuestos sobre los cuáles puede recaer la distribución de las cargas probatorias dinámicas: en materia de responsabilidad civil solo puede ser aplicada para probar los factores de atribución, quedando vedada para acreditar los demás presupuestos<sup>14</sup>; mientras que en materia de familia la doctrina de las cargas probatorias dinámicas es una regla procesal, y como tal debe ser aplicada para acreditar cualquier supuesto.

En este sentido reza el artículo 710 del CCyCN:

**“Principios relativos a la prueba**

Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

El articulado pertenece a un grupo de disposiciones procesales que rigen como parámetro rector para toda la República Argentina en materia de derecho de familia. Uno de los fundamentos de la incorporación de estas normas de forma se debe a la suscripción del Estado Argentino a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y Adolescente. Estas normas procesales no sólo regulan materia de minoridad, sino que lo hacen respecto de todas las relaciones de familia, ello se debe a la concepción humanitaria del CCyCN y a la necesidad de uniformar normas de procedimiento en materia de familia.

Al judicializarse cuestiones de familia, es importante que el juez flexibilice en su máxima expresión los principios procesales, teniendo en cuenta que las partes están disputándose afecciones legítimas. En este sentido, la distribución de las cargas de las pruebas tiene como fundamento la protección de la parte más vulnerable. Por lo cual, disponer la distribución de las cargas probatorias dinámicas en estos procesos debe ir mucho más allá de poder estar o no en

14 ARGENTINA. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación. Expresamente el CCyCN establece que el daño (artículo 1744) y la relación de causalidad (artículo 1736) deben ser probados por quien los alega.

mejores de condiciones de probar<sup>15</sup>.

Antes de la sanción del CCyCN el juez debía comunicar previamente a las partes que adoptaba la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Esta flexibilidad del *onus probandi* habilitaba a la parte que se veía afectada a oponerse a la decisión del magistrado, alegando la vulneración de su derecho de defensa, y enrolándose en la inconstitucionalidad de la decisión del juez. La incorporación de esta doctrina significó un escudo para el juez, puesto que, más que una facultad judicial, ahora es una instrucción que debe seguir<sup>16</sup>.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas, como la regula el artículo 1735 del CCyCN, enuncia una facultad judicial que convierte la norma en una disposición de forma:

“Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”.

Este artículo en principio no presenta grandes dificultades, establece que el juez distribuirá la carga de probar la culpa del demandado, o el haber actuado con diligencia debida, según quién esté en mejores condiciones para hacerlo.

Le corresponderá a la legislación procesal disponer en qué momento el juez puede adoptar la aplicación de esta doctrina<sup>17</sup>; regular cuándo deberá resolver el magistrado el supuesto de afectación de un litigante por el uso de las facultades conferidas en la norma comentada; y establecer si el ejercicio de esta facultad judicial debe ser a pedido de parte o de oficio (claro está que, si

15 La jurisprudencia mendocina ha establecido que el propio alimentante está en condiciones de probar sus posibilidades económicas (in re 161/15 Cámara de Apelaciones de Familia Mendoza).

16 La doctrina es aplicada con la finalidad de asegurar el efectivo derecho de las partes dentro de un proceso de familia.

17 Debe ser adoptada en la primera audiencia preliminar (artículo 166 CPCCTMza) y/o apertura de la causa a pruebas, dependiendo ello la legislación de forma

la norma no diferencia, la parte interesada podrá solicitar la aplicación de la doctrina fundando su pedido).

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante subrayar que se trata de un instituto nuevo, cuya finalidad es disminuir la rigidez al momento de direccionar los procesos judiciales, y como tal, dichas objeciones deben ser subsanadas en los códigos de procedimiento de acuerdo a las facultades reservadas de las provincias (artículo 5, 121, 122, 123 de la Constitución Nacional).

Esta facultad judicial debe ser limitada por los principios procesales de cada ordenamiento local a fin de evitar caer en irregularidades que conduzcan a nulidades procesales, y en el peor de los casos, a sentencias arbitrarias.

Si bien la discrecionalidad es el límite dentro del cual debe manejarse el magistrado, existen parámetros rectores que le dan cuerpo a cada decisión judicial. Dichas reglas procesales posibilitan la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas garantizando el acceso a la justicia, el debido proceso y la defensa en juicio, entre otras garantías constitucionales (véase el comentario anterior del artículo 2 del CPCCTMza).

Por otro lado, atendiendo a la letra de la norma de fondo, es significativa la diferencia que existe entre la doctrina analizada y la inversión de la carga de la prueba. Esta última, se mueve dentro del aspecto estático de la prueba que requiere de una previa regulación legal que determine en qué supuesto quien alega un derecho debe desvirtuar una determinada presunción, o si se prefiere, derribar una presunción *iuris tantum*<sup>18</sup>. En cambio, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, tiene por función desplazar entre las partes la obligación de probar determinado presupuesto –en materia de responsabilidad civil sólo los factores de atribución– teniendo en cuenta las mejores condiciones para probar, de allí su denominación

Entiéndase que determinar quién se encuentra en mejores condiciones de probar es una tarea jurisdiccional que implica tener en cuenta la situación de cada uno de los litigantes, requiriendo la constante presencia judicial como lo impone el principio procesal de inmediación (artículo 2 CPCCTMza).

18 Situación análoga se da en un supuesto de eximente de responsabilidad donde el deudor se libera probando la culpa ajena, caso fortuito o imposibilidad de cumplimiento, acreditando con ello la ruptura del nexo causal (Argentina. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 1729/1732)

El presente trabajo aborda específicamente esta situación: la contienda judicial que se pueda presentar entre un paciente y un profesional de la salud. En este supuesto el médico se haya con una ventaja ante el paciente: el conocimiento técnico. Ello trae consigo una desigualdad (y no puede ser suplida por peritos especializados) que faculta al magistrado para equiparar la carga de la prueba entre las partes. Esta equiparación es ese *desplazamiento* previsto en el artículo 1735 del CCyCN.

### 3. Puntualidades de la responsabilidad civil del profesional médico

#### 3.a Mala Praxis Médica. Terminología

La mala praxis es un término que se utiliza para atribuírselo al sujeto que en ejercicio de su profesión u oficio ha actuado con negligencia o impericia<sup>19</sup>. Comúnmente, el término es utilizado para imputárselo al profesional de la salud, sin perjuicio de que la mala praxis puede recaer sobre un abogado, un contador, un escribano, o cualquier profesional que preste servicios.

Específicamente, en la práctica forense, la mala praxis médica es una acción judicial que interpone el paciente (o legitimados activos) que ha padecido consecuencias derivadas del actuar negligente del profesional de la salud. Como se expone, se insta la pretensión cuando el daño ya está causado, o cuando la pérdida de la chance ya está configurada, es decir, no es una acción preventiva que pueda realizarse para evitar un daño, sino que se articula a fin de resarcir los daños derivados de la responsabilidad civil médica.

Por esta razón, y a fin de evitar malas praxis médicas, de acuerdo a la función preventiva de la responsabilidad civil, el CCyCN procura que el profesional de la salud, y demás agentes que intervienen en la prestación del servicio de salud, tomen ciertos recaudos que deberán acreditar haber cumplido para eximir o atenuar su responsabilidad civil en caso de ser demandados.

Es importante destacar que no sólo se encuentra involucrado el médico cuando se interpone una acción por mala praxis, ya que intervienen en el de-

19 Entiéndase que en el presente artículo son utilizados los términos *negligencia* como el obrar descuidadamente o con falta de precaución hacia sí mismo o a terceros, e *impericia* como el obrar con falta de conocimiento.

sarrollo del proceso otros sujetos, formándose un litisconsorte pasivo necesario. Este bloque de demandados puede estar conformado por la obra social a la cual pertenece el galeno (si el paciente se atendió por intermedio de ésta); el instituto en donde se han desarrollado las prácticas médicas (para el caso que sea un nosocomio ajeno a la prestadora); demás profesionales de la salud que intervinieron en las prácticas; y la compañía de seguro que cubre al galeno, no siendo esta enumeración cerrada, sino que la intervención de cada uno de ellos dependerá del caso en particular.

### **3.b La relación médico-paciente en el Código Civil y Comercial de la Nación**

La vinculación que se da entre el profesional médico y el paciente no es la misma que se da entre el paciente y la obra social prestadora y/o nosocomio. En esta última existe una relación de consumo, prevista en los términos de la ley de defensa del consumidor. Expresamente se excluye la prestación médica de la mencionada legislación, es decir, no existe una vinculación de consumo entre el médico y el paciente (en cuanto a ésta, al no ser objeto del presente artículo, debe ser abordada específicamente en otro trabajo). La relación médico-paciente es un vínculo contractual en el que ambas partes se encuentran –en principio– en un pie de igualdad, ligadas bajo una inmutable causa fuente.

La vinculación entre médico y paciente está específicamente regulada en el CCyCN, en las leyes N°26.529 y decreto reglamentario N°1089/2012, sus modificatorias ley N°26.742 (Muerte digna. Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud), ley N°26.812 (Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud) y demás legislación especial, como ablación de órganos, y salud mental, por nombrar sólo algunas.

Sin pretender entrar en el campo específico de la bioética, y siendo el lineamiento de este trabajo el encuadre jurídico regulado en el CCyCN de la relación médico-paciente, me detendré solo en el análisis de las normas del código entrado en vigencia el 01 de agosto de 2015.

Resaltando que se trata de un código destinado al aparato juzgador, considero pertinente para el tema abordado, enfatizar que para la correcta aplicación de las normativas reguladas en el CCyCN es imprescindible realizar un diálogo

dinámico de las fuentes del derecho<sup>20</sup>, lo que implica respetar la integridad del ordenamiento jurídico.

En reiteradas oportunidades han mencionado los miembros integrantes de la comisión redactora del CCyCN, que este cuerpo normativo presenta nuevos paradigmas que en su totalidad conforman un sistema jurídico cuyo hilo conductor es la constitucionalización del derecho privado. Sin dejar de lado el resto de estos paradigmas, me enfocaré en los que revisten mayor importancia en el presente artículo.

La tutela de la persona humana, los derechos personalísimos, la dignidad, y la sistematización de la responsabilidad civil son los pilares básicos que influyen en materia de responsabilidad civil médica, y consecuentemente, inferen en la relación médico-paciente. Estos paradigmas tienen en común brindar mayor protección a los sujetos más vulnerables, lo que permite amparar al paciente bajo las normas del nuevo CCyCN.

### **3.c El principal objeto de la ciencia médica: la salud de la persona humana**

Las ciencias médicas recaen directamente sobre las personas humanas, lo que implica que la relación que se da entre el profesional y el paciente debe guardar una estrecha vinculación, que como tal, genera importantes consecuencias jurídicas.

Se encuentra a lo largo de todo el cuerpo del CCyCN una imperante tutela de la persona humana, regulando expresamente en el artículo 51 la inviolabilidad a ésta en todos sus ámbitos.

Este nuevo código de fondo tiene una visión más humanista que la que tenía el código de Vélez. Ciertamente es que el nuevo código fue conformado por doctrinarios especializados en cada materia y que contiene abundante raíz de la jurisprudencia imperante. Estos aspectos no se dieron en el código decimo-

20 Presentación del CCyCN, Dr Ricardo LORENZETTI: *"En un sistema complejo existe una relación ineludible de la norma codificada con la constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, de modo que quien aplica la ley o la interpreta establece un diálogo de fuentes que debe ser razonablemente fundado (artículos 1, 2 y 3). Se trata de directivas para la decisión judicial, que debe comenzar por el método deductivo, someterse al control de los precedentes, verificar la coherencia con el resto del ordenamiento, y dar explicaciones suficientemente razonables"*.

nónico derogado. Específicamente, al tutelar a la persona humana, modifica su terminología ya que antes se hablaba de persona física, y hoy se habla de persona humana, lo que quiere decir que este *sujeto de derecho* tiene un manto de derechos y garantías innatos e inherentes a su esencia.

La tutela de la persona humana encuentra fundamentación desde la órbita supranacional, cuyos derechos y garantías están reconocidos (no creados) en los tratados internacionales de derechos humanos, a los cuales el ordenamiento jurídico argentino les ha otorgado jerarquía constitucional. Corresponde al Estado argentino adecuar su ordenamiento jurídico a estas normas supranacionales, razón por la cual la concepción de persona humana se ha aferrado con fuerza a lo largo de todo el CCyCN.

De acuerdo a la temática del presente artículo, en la relación médico-paciente repercuten las novedades del CCyCN en materia de capacidad civil y protección de los derechos personalísimos.

### **3.c.1 Capacidad civil del paciente**

El principio general lo establece el artículo 22 del CCyCN: “toda persona humana goza de aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos”, quedando limitada esta titularidad solo por la ley. Seguidamente el artículo 23 del CCyCN establece que el ejercicio de los derechos lo realiza por sí misma cada persona, salvo limitaciones del código (artículo 24) o de una sentencia.

El CCyCN establece como regla la capacidad civil de las personas, marcando las excepciones a este principio. Estas pueden darse por razones de naturaleza o por circunstancias que restringen la capacidad para ciertos y determinados actos.

Siguiendo este lineamiento, los menores de edad deben ejercer sus derechos por medio de sus representantes y la persona con capacidad restringida por medio de un sistema de apoyo.

Sin embargo, el artículo 26 del CCyCN regula un microsistema: el menor con “edad y grado de madurez suficiente”<sup>21</sup> puede ejercer por sí actos que le permite el ordenamiento jurídico, interviniendo la asistencia letrada en caso de

21 El termino es perfecto con la suma de ambos conceptos. Pero, como ha expuesto J. Rivera, es irrelevante el concepto de edad, atento a que una vez que el sujeto alcance su mayoría de edad gozará del pleno ejercicio de sus derechos.

que entren en conflicto con los intereses de sus representantes legales. Si bien la redacción es clara, lo dificultoso resulta determinar el grado de madurez suficiente, atento a que es un concepto novedoso para los sujetos a quienes va dirigido. Según el espíritu de la norma: a los médicos.

La dificultad se le presenta al médico cuando se enfrenta a los supuestos especiales previstos en el este artículo, atento a que la nueva normativa posibilita que el adolescente tome decisiones atinentes a su propio cuerpo. Estas disposiciones involucran el actuar del profesional de la salud en tanto y en cuanto éste deberá proceder conforme dichas directivas.

Cuando de tratamientos médicos se trate, el código ha establecido a la edad como parámetro para subdividir en dos categorías este microsistema. La primera es para el adolescente entre trece y dieciséis, mientras que la segunda va desde los dieciséis hasta los dieciocho años de edad.

Para el primero de los supuestos, el menor puede realizarse tratamientos que no sean invasivos ni comprometan su estado de salud ni provoquen un riesgo grave en su vida e integridad física. Por ejemplo, puede ser atendido por el médico en una consulta de rutina, sacarse una muela, colocarse un DIU, acceder a abordajes terapéuticos interdisciplinarios (tratamientos psicológicos y psiquiátricos si se trata de un menor que consuma estupefacientes, por ejemplo), para los cuales no necesita contar con consentimiento, asentimiento o asistencia alguna. Pero, si se trata “de tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar consentimiento con la asistencia de los progenitores”, tal sería el caso, por ejemplo, de la donación de un riñón.

Se infiere claramente que en ambos casos el menor debe dar su consentimiento. Este requisito debe ser observado por el médico o la institución en donde se atenderá, marcando la diferencia la asistencia de los progenitores si se trata de un tratamiento invasivo. Nótese que el mismo artículo define qué se entiende por invasivo, esto es, aquello que compromete la salud o pone en riesgo la integridad o la vida del menor.

Otra cuestión que debe tener en cuenta el médico es que el consentimiento lo da el menor, no los progenitores, quienes solo deben asistirlo<sup>22</sup>, y no

22 Una parte importante de la doctrina, como es el caso de las Dras. Eleonora Lamm y Aída Kemelmajer

necesariamente ambos (de acuerdo a una interpretación integrativa del artículo 645 del CCyCN).

Para el segundo de los supuestos del microsistema –menor entre dieciséis y dieciocho años–, la norma expresamente establece que el menor es considerado capaz para tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo. Por ejemplo, podrá donar, someterse a tratamientos relativos a la diversidad de género, realizarse cirugías estéticas, etc.

El código no establece que estos requisitos deban ser observados por el médico cuando se trata de un menor que ha sido emancipado (artículo 27). Por lo que, con esta normativa no se está protegiendo a la salud del menor, sino que se regula el proceder del galeno.

Dicho esto, en materia de capacidad del paciente, el CCyCN establece como principio que una persona con plena capacidad puede dar el consentimiento para someterse a tratamientos médicos, y regula asimismo los siguientes supuestos especiales: a) los representantes legales prestarán el consentimiento de los menores de trece años; b) las personas con capacidad civil restringida, deberán ser asistidas con el personal de apoyo dependiendo la limitación; c) en los supuestos del artículo 26, cuando se trate de un menor que tenga entre trece y dieciséis años, el profesional de la salud y/o la institución o nosocomio donde se asistirá, deberá tener el consentimiento del menor que tenga grado de madurez suficiente y, si se tratare de un tratamiento invasivo, la asistencia de al menos uno de sus progenitores. Por su parte, el adolescente de dieciséis años será equiparado al mayor de edad al momento de prestar el consentimiento para realizarse cualquier tratamiento relativo a su propio cuerpo.

### **3.c.2 Protección a los derechos personalísimos**

Los derechos personalísimos pueden definirse como aquellos que son inherentes a la calidad de persona humana, y por ende son imprescriptibles, improrrogables e intransferibles. El nuevo CCyCN contiene una valiosa regulación

de Carlucci, entiende que basta con que sea asistido por un adulto, no siendo necesariamente padres o tutores. Las autoras manifestaron esta postura en las exposiciones dictadas en el marco de la Diplomatura de Posgrado del Código Civil y Comercial de la Nación, 3° Cohorte, 2017, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.

en cuanto a la protección de los derechos personalísimos, debido al tinte humanístico que le caracteriza.

En el tema que abordo, se ven involucrados la mayoría de estos derechos, atento a los efectos naturales de la relación médico-paciente. La vida, salud e integridad física y psíquica son los principales bienes jurídicos protegidos del presente análisis.

El derecho a recibir información clara, concreta y precisa de los tratamientos, duración, costos, alternativas paliativas, efectos adversos, como también a recibir un trato digno, al respeto de la confianza, y a una debida comunicación, son ramificaciones del amparo de aquellos bienes jurídicos. El marco normativo que protege estos derechos personalísimos dentro del actuar del profesional de la salud, está a partir del artículo 51 del CCyCN, sin perjuicio de que exista una diversidad de fuentes que los protegen, especialmente en los tratados internacionales de derechos humanos.

El artículo 51 del CCyCN regula la inviolabilidad de la persona humana y establece como esencia de ésta *la dignidad*, conceptualizando de este modo a los derechos personalísimos, y actuando como límite de ciertos actos jurídicos (artículos 54 y 55 CCyCN).

La dignidad es protegida a lo largo del mencionado articulado. El artículo 52 define el alcance de ésta como “la lesión a la persona humana en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad”. La norma habilita la vía para que la persona humana reclame la reparación de los daños sufridos, considerándola una de las principales normas que tiene el paciente para acreditar su legitimación sustancial activa en una demanda por mala praxis médica, sin perjuicio de las prescripciones propias del sistema de responsabilidad civil.

La integridad física de la persona humana también se encuentra protegida en el artículo 56 del CCyCN, donde expresamente se prohíben los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para mejorar la salud de la persona y excepcionalmente de terceros. Esta norma resulta muy conflictiva ya que se encuentran enfrentados una gran cantidad de bienes jurídicos de igual jerarquía.

Encuadra en este supuesto la posición de algunas personas que por razones religiosas se resisten a recibir donaciones sanguíneas. En este punto, y de

acuerdo al lineamiento de la presente tesis, le corresponde al profesional de la salud informar respecto de otras vías alternativas para mejorar la salud e incluso recomendar otros tratamientos paliativos, siendo determinante la comunicación entre médico y paciente.

Sin embargo, es el paciente quien tiene la decisión de someterse a una práctica de disposición sobre el propio cuerpo, al establecer que el consentimiento que pueda darse para los actos que no sean prohibidos por dicha norma no puede ser suplido y es libremente revocable.

Por su parte los artículos 57 y 58 del CCyCN prohíben la alteración genética en los embriones y regula estrictamente las investigaciones en los seres humanos, respectivamente. Estos dos artículos han sido incorporados a fin de garantizar los derechos personalísimos ante los avances científicos que en materia médica puedan acaecer.

Lo novedoso y trascendente en relación con la actuación del profesional médico lo dan los artículos 59 y 60 del CCyCN, que son las normas que cotidianamente deben manejar los profesionales de la salud y las instituciones que brindan el servicio de salud.

El artículo 59 es una norma de carácter preventivo en la que se regula el proceder del médico respecto de la comunicación que debe tener con el paciente, mientras que el artículo 60 regula la facultad del paciente respecto de emitir directivas o mandatos especiales relativos a su salud o en previsión de su propia incapacidad.

El consentimiento informado (artículo 59) es definido por el código como aquella “declaración de la voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada”. Así pues, tanto la institución donde el galeno prestara su servicio, como el equipo médico en conjunto, deben brindarle al paciente la información necesaria para que éste emita libremente su voluntad de someterse a actos médicos o a investigaciones de la salud. El médico no puede emitir la información plagada de tecnicismos, porque no podría el paciente entender ni conocer el mensaje del galeno, por ello debe asegurarse que ha sido recibida por el paciente en los términos que la pueda comprender un hombre común.

El consentimiento informado, en su carácter de acto jurídico unilateral, debe constar en forma expresa y escrita en la historia clínica del paciente. Este

acto jurídico no solo surte efectos respecto del médico, sino que además genera efectos frente a terceros interesados (nosocomio, obra social, parientes). Sin perjuicio de que habitualmente es el médico quien interactúa directamente con el paciente, no se excluye de las consecuencias jurídicas de esta relación a los demás agentes que intervienen en ella.

En otras palabras, toda institución y profesionales de la salud tienen en su cabeza la obligación de informar sobre el estado de salud; el procedimiento que propone seguir y sus respectivos objetivos; qué beneficios espera de ese procedimiento; los riesgos, las molestias, los efectos adversos previsibles; la especificación de procedimientos alternativos, riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto, las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto y explicitación de las alternativas. He aquí la buena fe de los galenos e institutos que observará el juzgador en un juicio de mala praxis médica.

Cada profesional debe brindar información directa atendiendo a las particularidades de cada paciente, ya que se trata de personas humanas, con enfermedades y estados de salud totalmente distintos. Incluso va a variar esta información en la misma persona según el avance de la enfermedad. Por ejemplo, no será la misma información que recibirá un paciente al que recientemente se le diagnostica un carcinoma de la que deba recibir el paciente cuando el cáncer ha hecho metástasis. Al respecto, los apartados g) y h) del artículo 59 del CCyCN establecen el modo especial de informar si se trata de una enfermedad irreversible o incurable.

La finalidad de la norma es indicarle al profesional de la salud que tome mayores recaudos, a fin de asegurarle al paciente la correcta recepción de la información. Dicho artículo también determina que, si se trata de una persona con una capacidad diferente para prestar su consentimiento, se le debe garantizar que el sistema de apoyo también tenga acceso a la información.

Pareciera que la norma es redundante, pues se vincula con lo expuesto precedentemente cuando analizamos la capacidad civil del paciente. No obstante, es claro que el legislador ha pretendido reforzar por qué es tan importante que el paciente reciba una información clara y adecuada.

De la norma en análisis se extrae claramente que el médico no debe actuar sin la declaración del consentimiento informado del paciente. Sin embargo, la

misma normativa expresa que esta premisa cae ante el supuesto en el que el paciente se encuentre absolutamente imposibilitado de expresar su voluntad. Para este caso, el consentimiento lo debe otorgar el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente o el allegado del paciente que lo escolte, debiendo prescindir el personal de salud del requisito del consentimiento sólo en el caso de que nadie acompañe a la persona y la actuación del médico deba prestarla de forma urgente con el objeto de evitar un mal grave. Es común que esto ocurra, por ejemplo, cuando llega a una guardia hospitalaria una víctima de accidente de tránsito donde el médico debe resolver inminentemente si amputa o no un miembro.

De acuerdo a lo expresado, el médico no debe actuar si el paciente se niega a prestar su consentimiento expreso, pese a estar debidamente informado. El galeno y la institución, deben obrar de acuerdo a su buena ética profesional: bien sea haciendo una derivación a otro especialista o buscando la solución más saludable para el paciente, dejando debida constancia en la historia clínica con la presencia de un escribano público –si la urgencia y el estado de salud del paciente lo permiten–.

Respecto de la facultad del paciente de emitir directivas médicas anticipadas, el artículo 60 del CCyCN sólo restringe la libre disposición a la prohibición del desarrollo de las prácticas eutanásicas, actuando la dignidad humana como límite.

En cuanto a la formalidad, teniendo en cuenta su naturaleza de mandato, las directivas médicas deben guiarse por las normas de este contrato. Además, en la ley del paciente se establece que las directivas anticipadas deben ser por escritura pública. Nótese que este requisito no es exigido a la hora de probar el consentimiento informado, ello indica que el artículo 60 del CCyCN debe ser interpretado rigurosamente.

Estas directivas pueden ser revocadas en cualquier momento y tienen por objeto detalles de mandatos respecto de la salud y en previsión de la propia incapacidad. Asimismo, el artículo mencionado establece que el paciente puede designar persona/s autorizada/s para prestar el consentimiento para los actos médicos en los términos del artículo 59 y para ejercer la *curatela*<sup>23</sup>.

23 Debe agregársele junto al término de la curatela el de “sistema de apoyo” de conformidad con el artículo

Dichas directivas deben ser ejecutadas por las personas autorizadas en ellas. Además, en protección a la familia, tienen la facultad de invocar la ejecución de las directivas anticipadas los ascendientes, descendientes, cónyuge o quienes convivan con el paciente, recibiendo trato familiar ostensible de conformidad con el artículo 1741 del CCyCN.

Tanto el artículo comentado como su antecesor, están imbuidos del principio de la autonomía de la voluntad. Es el paciente quien dará el consentimiento o las directivas respecto de las prácticas a realizarse en su cuerpo una vez que haya recibido información clara, precisa y adecuada respecto de su salud.

### **3.d La finalidad del arte de curar**

La función del médico es necesaria y determinante por cuanto en sus manos de este grupo de personas está la viabilidad de la sociedad. El profesional de la salud, además de curar y asistir al enfermo, realiza una función preventiva a fin de proteger la salubridad pública, la que va a depender de éste según su especialidad. En este aspecto, cede terreno la autonomía de la voluntad, encontrando una de las limitaciones más marcadas.

La población demanda que la ciencia médica avance permanentemente, para lo cual se requiere mayor cantidad y mejores profesionales de la salud. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de jerarquía constitucional conforme el artículo 75 inc. 22 ha regulado en su artículo 12 inc. c y d que los Estados partes deben asegurar a los habitantes “la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Estando la salud de la población en manos de personas que destinan su vida al arte de curar, es necesario que a estos sujetos se les garantice una constante capacitación y se les respete su vocación médica. De acuerdo al pacto citado, esta función es del Estado<sup>24</sup>.

139 del CCyCN, ya que podrían darse cualquiera de los dos supuestos.

24 Del citado instrumento internacional: artículo 13 inc. 1.: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto

Existe una variada normativa que regula este “arte de curar”. Podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico, además de las ya citadas disposiciones a lo largo del presente trabajo, a los Principios Éticos Médicos del Mercosur Resolución 58/2001, y a nivel provincial, la ley N° 6.836 sobre reglamentación de la profesión de enfermería, la N°4872 de carrera médica, la ley N°5532 sobre establecimientos prestatarios de servicios de salud, la N°5983 sobre programa de promotores de salud y prevención de la salud de la comunidad, sin perjuicio de la variada legislación que se encuentra vigente en materia de especialidades a nivel nacional y provincial. Este marco normativo tiene en común que la limitación al accionar del médico está dada por la dignidad humana, siendo este el mismo parámetro que ha utilizado el codificador en la sanción del CCyCN.

Retomando la doctrina del fallo Pinheiro<sup>25</sup> se extrae del voto emitido por el Dr. Alfredo Vázquez que existe una obligación tacita del estado de brindar seguridad consistente en evitar toda deficiencia del servicio médico de los prestadores tanto en el ámbito público como privado. Obsérvese la influencia de la constitucionalización de los derechos de tercera generación regulados en la reforma constitucional de 1994.

#### **4. Fundamentación de la teoría de la carga probatoria dinámica en un proceso por mala praxis médica**

##### **4.a La responsabilidad civil como sistema**

Con la sanción del CCyCN se ha sistematizado a la responsabilidad civil contemplándola “como un conjunto de normas cuyo objetivo es dogmatizar sus funciones preventivas y resarcitorias”. Ello justifica la adopción de un criterio

*por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.”*  
artículo15 inc. b.: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: b. gozar de los beneficios del progreso científico”.

25 CSJN Sentencia 10/12/1997, P.1550.XXXII Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario.

unificador de los presupuestos de la responsabilidad civil en cualquiera de sus órbitas, ya que se focaliza en la reparación de un daño injustamente sufrido<sup>26</sup>, es decir, mira a la víctima y no al daño injustamente causado.

De acuerdo al tema abordado, es inevitable que se produzca una desigualdad de condiciones ante un conflicto originado en una praxis médica. El galeno tiene un conocimiento técnico científico que el paciente no posee y no podrá poseer para poder probar la culpabilidad del demandado como lo impone el artículo 1734 del CCyCN. Incluso hay especialidades médicas que no pueden ser probadas sino por quien a diario las ejerce, como también es determinante el tiempo en el ejercicio y la experiencia.

La solución a esta problemática está dada por la implementación de la doctrina de la distribución de las cargas probatorias regulada en el artículo 1735 del CCyCN. La sistematización de la responsabilidad civil permite que la facultad regulada en dicha norma se armonice con el precepto del artículo 1725 del mismo cuerpo legal: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...”<sup>27</sup>.

Ahora bien, la valoración de conducta que formule el juzgador deberá ser distinta si el médico demandado tiene 20 años de experiencia en su especialidad o si el accionado solo tiene 2 años en el ejercicio de la medicina. Asimismo, un médico clínico debe derivar al especialista cuando el cuadro patológico de un paciente excede la clínica general.

Tanto el médico como el paciente son seres humanos. El profesional médico puede equivocarse en su ciencia, pero existe una serie de normativas –*ut supra* analizadas– que debe conocer. Su responsabilidad como médico no se limita simplemente a la hora de ingresar a un quirófano o de atender una consulta. El galeno debe previamente proveerse de ciertos recaudos que van a categorizar y a conducir su acción.

En este sentido, en un supuesto de mala praxis médica, el profesional demandado y las instituciones de servicio de salud deberán acreditar que se le

26 La concepción humanitaria y la dignidad de la persona humana son los principales parámetros del sistema de la responsabilidad civil.

27 ARGENTINA. Ley 26.994. Op. cit. artículo 1725

suministró información clara y precisa al paciente, que éste otorgó libremente su consentimiento, la integridad de la historia clínica, la realización de estudios médicos previos, las derivaciones a especialistas, la realización de prácticas interdisciplinarias, la adopción de medidas previas, tratamientos necesarios para superar imprevistos, el cumplimiento de protocolos internos, entre otros. Los demandados por mala praxis médica tienen amplitud probatoria, atento a que el artículo 1735 del CCyCN no limita los medios de prueba cuando se aplica el desplazamiento de las cargas probatorias.

Las normas jurídicas analizadas facilitan la flexibilización del *onus probandi*, lo que posibilita equiparar en igualdad de condiciones a las partes. Ello no implica darle ventaja a una de las partes (por considerar al paciente como parte débil de la relación), sino distribuir las cargas de la prueba para que el litigio se resuelva con elementos convincentes que se aproximen a la verdad real y que permitan una sentencia debidamente fundada.

#### **4.b Bienes jurídicos en conflicto: la salud y el ejercicio libre de la profesión**

El nuevo CCyCN, impulsado por una constante constitucionalización del derecho privado, ha procurado resguardar las relaciones civiles con el alcance del bloque constitucional. En el tema analizado, los bienes jurídicos enfrentados son ambos de jerarquía constitucional con tutela jurídica en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos. El deber de actuar con diligencia debida que tienen los galenos y la previsibilidad de las consecuencias, fundamentan la protección de la salud de cada ser humano.

La salud y el libre ejercicio de la profesión se encuentran en pugna cuando la primera se ve afectada por una mala praxis médica. En este contexto, la tesis de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas no tiene por finalidad ceder el ejercicio del médico ante un conflicto, sino que, por el contrario, la aplicación de esta teoría resalta cuán importante es para la sociedad el profesional de la salud. Tanto que sólo éste puede acreditar ciertas pruebas en un juicio por mala praxis médica, cosa que no podría hacer un hombre común.

## 5. Tendencias actuales. Extensión de la teoría

La aplicación en extensión de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede observarse en los casos a los que se aplica, como también respecto los presupuestos de la responsabilidad civil que se ven afectados.

Respecto a la casuística, el origen pretoriano de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas radica en los casos de mala praxis médica. No obstante, conforme a la redacción del artículo 1735 del CCyCN, la doctrina puede ser aplicada a todos los casos en que se halle una de las partes en mejores condiciones de probar la culpa del victimario cuando la responsabilidad se trate de una obligación de medios. La tendencia actual de la jurisprudencia mendocina tiende a la expansión de la misma, a los casos de simulación, APA y derecho de consumo (artículo 207 CPCCTMza).

En cuanto a los presupuestos, de acuerdo a una interpretación metodológica y a la jurisprudencia mendocina<sup>28</sup>, en materia civil el desplazamiento de las cargas probatorias solo puede operar para los factores de atribución, quedando en cabeza del actor la prueba del daño, la antijuridicidad y la relación de causalidad. Sin embargo, parte de la doctrina propicia que se haga extensible a los otros presupuestos de la responsabilidad civil, argumentando que puede la parte estar en mejores condiciones de probar no solo el factor subjetivo, sino también la relación de causalidad y el daño.

De lege ferenda, el panorama cambiaría con un sistema que regule en los códigos de procedimientos, la colaboración de las partes en el proceso con el mismo lineamiento del CCyCN. Un ejemplo de ello es en el código de procedimientos de Mendoza, que está regulada la doctrina en el artículo 46 dentro de las facultades judiciales de los jueces y específicamente en los artículos 166, 175 inc. II y 207<sup>29</sup>.

28 En los juicios por mala praxis médica es mayor el deber de colaboración que se exige a los profesionales demandados conforme el principio de las cargas probatorias dinámicas, ello no exime a la víctima de la carga de probar el daño reclamado y el nexo causal entre éste y la conducta culposa atribuida. SCJM. Sala 1. Sentencia 13036770060. 28/04/2016 – CLINICA J.J. LLAVER EN J° 50.881/47.059 BARROSO IVANA C/ CLINICA J.J. LLAVER Y OTS. P/ ORDINARIO S/ INC-CAS.

29 ARGENTINA. Ley 26.994. Op. cit. artículo 207 establece como principio la distribución de las cargas proba-

Específicamente, el artículo 166 del CPCCTMza establece como presupuestos para distribuir las cargas de la prueba a la naturaleza del proceso, las cuestiones a probar y la legislación de fondo. El auto que determine el uso de esta facultad judicial establecerá un plazo de 10 días para que las partes ofrezcan nuevos medios de comprobación, garantizando la defensa en juicio de los litigantes.

Obsérvese el grado de valor que el legislador mendocino le otorga a la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, que en caso de proceder la apelación del auto que adopta la doctrina se concederá sin efecto suspensivo. Asimismo, cabe apreciar que la norma no distingue su aplicación respecto del tipo de juicio ni tampoco sobre qué aspecto probatorio.

## 6. Conclusión

El carácter preventivo de la normativa jurídica que nuclea la relación médico paciente, permite actualmente disminuir el gran caudal de juicios por mala praxis médica, quedando los infortunios librados a las consecuencias propias de las ciencias médicas.

Es imprescindible que el profesional de la salud se habitúe a tomar los cuidados que la legislación vigente prevé, para ello es menester que se instruya respecto de la normativa y le brinde al paciente una información cierta, clara y precisa. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas recepcionada en el CCyCN permitirá al juzgador analizar si los médicos han actuado tomando estas precauciones, lo cual resultará determinante para atribuir la responsabilidad subjetiva a los galenos.

El desplazamiento es una decisión judicial que debe encontrarse debidamente fundada en la sana crítica racional, con el alcance previsto en el artículo 3 del CCyCN, integrando la totalidad del ordenamiento jurídico vigente.

Dicha doctrina, cuyo objetivo es flexibilizar el *onus probandi*, puede ser adaptada a cualquier caso judicial, teniendo como parámetro distribuirlo según cuál de las partes se halle en mejores condiciones de probar la culpa o el haber actuado con las diligencias debidas.

La correcta aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

torias, imponiendo mayor carga a proveedores demandado en los procesos de consumo de mayor cuantía.

que no afecte garantías constitucionales, en los términos establecidos en el artículo 166 del CPCCTMza, permitirá su propia expansión y podrá ser aplicada para probar el resto de los presupuestos de la responsabilidad civil, abriendo una puerta para probar los demás elementos de juicio que el magistrado considere según su sana crítica racional.

En resumen, la facultad de adoptar la distribución de las cargas probatorias dinámicas es una herramienta más del magistrado para aproximarse a la verdad real de cada causa, garantizando de este modo la igualdad entre las partes en el acceso a la justicia.

## 7. Bibliografía

- ALTAMIRA GIGENA, Julio I. La función administrativa. (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <file:///D:/Documentos%20de%20Usuario/Desktop/artfuncionadministrativa%20boorrar.pdf>
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ... y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- ATIM ANTONI, Mariano Camilo. "Juicio por jurado: inmotivación – amplitud del recurso". En: Congreso Nacional de Derecho Procesal Ponencia para la comisión de "jurado".(Santiago del Estero, Argentina 14-16 septiembre de 2017) XXIX Tema 1. Disponible en web: <http://congresoderechoprosesal2017.jussantiago.gov.ar/wp-content/uploads/2017/06/Tema-1-Mariano-Camilo-Atim-Antoni-Inmotivacion-%E2%80%93-Amplitud-del-Recurso.pdf>
- BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A. *Médicos y abogados. La inconstitucional inversión de la carga probatoria de la culpabilidad incorporada al artículo 1735 del proyecto de unificación del año 2012*. (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/11/08/medicos-y-abogados-lainconstitucional-inversion-de-la-carga-probatoria-de-la-culpabilidadincorporada-al-art-1735-del-proyecto-de-unificacion-del-ano-2012/>
- BORAGINA, Juan C., MEZA, Jorge A. *Carga de la prueba de los presupuestos del acto ilícito en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Microjuris Argentina. [en línea] 2016 (mayo), 26/05/2016 (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/05/26/carga-de-la-prueba-de-los-presupuestos-del-acto-ilicito-en-elcodigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>
- FUNDESI (Fundación de Estudios Superiores e Investigación). *La carga dinámica de la prueba y los deberes del juez*. (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <http://fundesi.com>

ar/la-carga-dinamica-de-la-prueba-y-los/

GIANNINI, Leandro. *Principio de colaboración y carga dinámica de la prueba (una distinción necesaria)* (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: [http://www.academia.edu/4982453/Principio\\_de\\_colaboraci%C3%B3n\\_y\\_carga\\_din%C3%A1mica\\_de\\_la\\_prueba\\_una\\_distinci%C3%B3n\\_necesaria\\_](http://www.academia.edu/4982453/Principio_de_colaboraci%C3%B3n_y_carga_din%C3%A1mica_de_la_prueba_una_distinci%C3%B3n_necesaria_)

GROIA, Adrian Gustavo. *Cargas probatorias dinámicas*. Rosario; Universidad Abierta Interamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2003 (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC047577.pdf>

ITURBIDE, Gabriela A. Las cargas probatorias dinámicas y su alcance en el Código Civil y Comercial. *RCCyC* [en línea] 2017 (mayo), 04/05/2017, 95. Cita Online: AR/DOC/884/2017 (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <http://thomsonreuterslatam.com/2017/05/las-cargas-probatorias-dinamicas-y-su-alcance-en-el-codigo-civil-ycomercial/>

LOPEZ MIRO, Horacio G. *Causales para demandar por responsabilidad civil médica. Pautas jurisprudenciales mayoritarias*. 1er.ed. Buenos Aires: ASTREA, 2014.

LORENZETTI, Ricardo (director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1er. Ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

MOISSET DE ESPANES, Luis y MOISA, Benjamín "La responsabilidad de los médicos y servicios hospitalarios en el pensamiento de François Chavas". En KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (dir.) *Responsabilidad civil*. 1ra. ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

PEYRANO, Jorge W. *Las cargas probatorias dinámicas, hoy* (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: [http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario\\_34.pdf](http://faeproc.org/wp-content/uploads/2016/02/Rosario_34.pdf)

VARGAS, Abraham Luis. *Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos*. (fecha de consulta: 10/07/2018). Disponible en web: <file:///D:/Documentos%20de%20Usuario/Desktop/cargasprobatoriasdinamicas%20borrar111.pdf>

## 7.a Índice documental

ARGENTINA. Ley 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación.

CSJN Sentencia 10 /12/1997. Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario. s/ Daños y perjuicios

CSJN Sentencia 10/12/1997, P.1550.XXXII Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferroviario.

MENDOZA. Ley 9.001 Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza.

SCJM 13/05/2015 PROTECTORA A.D.C. EN J°250.51 5/50.822 Protectora Asociación Civil de Defensa del Consumidor c/Gobierno de la Pcia. de Mendoza p/amparo.

SCJM. Sala 1. 28/04/2016. Clínica J.J. Llaver en J° 50.881/47.059 Barroso Ivana c/ Clínica J.J. Llaver y ots. p/ Ordinario S/ INC-CAS.

SCJM. Sala 1. Sentencia 13036770060. 28/04/2016 – Clínica J.J. Llaver en J° 50.881/47.059 Barroso Ivana c/ Clínica J.J. Llaver y ots. p/ Ordinario S/ INC-CAS.

SCJM. Sala 2. 08/06/2015 BIDAUX, Silva y ots. C/Dirección General de Escuelas p /A.P.A.