

UNA SENTENCIA PARA LA DOCENCIA MÉDICA

Dra. Lidia Nora Iraola - Dr. Hernán Gutiérrez Zaldívar

Con fecha 18 de Julio del año 2003, por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 99 a cargo de su Titular el Juez Dr. Luis de Preindlsperg, en los autos "G; L c/ R.M. S.R.L. y Otros s/ Daños y Perjuicios", Expediente N° 29.446/98, se dictó una Sentencia muy bien fundada sobre un tema de Responsabilidad Legal por eventual "mala praxis", donde se glosa permanentemente la inexistencia en la conducta de la parte demandada, de aquellos presupuestos que hubiesen podido configurar la "mala praxis". Ello, sin desmedro de puntualizar la Sentencia del Juzgador, que tampoco se produjo la existencia de un daño constatable.-

Si bien la Sentencia no se encuentra aún firme, por cuanto asiste a las partes la posibilidad de apelarla ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, entendemos válido para el conocimiento de los visitantes de esta página y también a modo de tomar conocimiento del pensamiento de los Jueces y de la Doctrina, en una materia tan preocupante, como resulta ser, la permanente proliferación de Juicios de esponsabilidad Médica Legal. Demos paso ahora a lás páginas de la Sentencia:

Síntesis del caso.-

Un médico reumatólogo, que padece hipoacusia grave, demanda a un centro médico y al médico tratante, pidiendo la restitución de los honorarios médicos pagados, gastos legales previos a la demanda, indemnización por la falta de cura de su dolencia, frustración de expectativas, y daño moral emergente. Fundamenta su reclamo en haber concurrido al centro médico esperanzado por una publicación informativa que había leído en el diario Clarín, en el suplemento de Ciencia y Técnica, que describía el tratamiento y que ello implicaba una propuesta publicitaria englobada en la Ley del Consumidor 24.240, que le habría inducido a concurrir a interesarse en el tratamiento. Aduce además que como resultas de las inyecciones aplicadas en el tratamiento se habrían generado reacciones en sus glúteos que no fueron consideradas importantes por los médicos tratantes y que en ocasión de partir de vacaciones al Caribe y no queriendo interrumpir el tratamiento, le fueron entregadas dosis para que se las aplicase o hiciese aplicar, que habrían desencadenado nuevos procesos infecciosos en los glúteos. Que mandó un fax que no fué respondido, por lo que al regresar a la Argentina directamente concurrió a otros centros hospitalarios y médicos, sin volver ni avisar su retorno al centro médico demandado y que al ser llamado por dicho centro para continuar el tratamiento, manifestó que por las razones antedichas no lo retomaría. Convocadas las partes a la mediación obligatoria que prevee la Ley 24.573, no se arribó a conciliación alguna, entablándose la demanda.-

En mérito a las consideraciones de hecho y de derecho, que en lo atinente al ámbito de esta nota serán parcialmente transcriptas, el fallo de la Sentencia rechaza la pretensión dirigida contra los demandados y absuelve simultáneamente a la aseguradora citada en garantía de contribuir al pago de la condena.-

Fundamentos de la Sentencia de valor médico legal.-

Punto II- de la Sentencia: " Sentado lo precedente, es apropiado destacar que la obligación asumida por el profesional frente al paciente, reviste en principio, el carácter de una obligación de medios y no de resultado, y consiste en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo.- Aunque no está comprometido a lograr la curación o mejoría del paciente, si lo está a desplegar una conducta que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación, suministrándole los cuidados y tratamientos que su dolencia requiera, según el estado de los conocimientos y posibilidades de la ciencia médica, obrando con prudencia y diligencia, con sujeción a las reglas y criterios terapéuticos aceptados (CNCiv. Sala "A", L.220.227, 8/7/97; id, 15/9/99, ED, 186-368; Sala "C", ED, 98-576; Sala "D", ED, 95-302; id, 12/5/92, LL. diario del 15/10/92, fallo 90.797; Sala "F", L. 283.413, 14/6/2000; Sala "H", L 187.305, 30/9/96; Bueres, A.J, "Responsabilidad civil de los médicos", ed. Ábaco,

1979, p.183, y "Responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión", LL, 1976-C-63).- A fin de ponderar la culpa médica, tal como se ha señalado, juega un papel preponderante la directiva contenida en el artículo 902 del Código Civil, que impone una mayor obligación resultante de las consecuencias posibles de los hechos cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, conjugado con el artículo 512 que la define como la omisión de aquellas diligencias necesarias que exigiere la naturaleza de la obligación de acuerdo con las circunstancias de tiempo y lugar, (Gherzi, "Responsabilidad por prestación médico asistencial", p.73).- Ambos preceptos integran el plexo normativo aplicable, junto con el artículo 909, que manda tener en cuenta la condición especial en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes.- La culpa médica, en suma, derivará de la confrontación entre la conducta obrada y la conducta debida por un médico prudente y diligente de la categoría o clase a la que quepa encuadrar al deudor de la prestación asistencial, en similares circunstancias y con semejantes recursos, (Bueres, Responsabilidad civil de los médicos", cit, p. 214 y sgtes; Lorenzutti, "Responsabilidad civil de los médicos", ed. Rubinzal-Culzoni, 1997, p. 26/27 y despacho unánime aprobado en las V Jornadas Rioplatenses de Derecho, celebradas en San Isidro en Junio de 1989).- De esta manera quedan descartadas aquellas teorías que hacen referencia a una culpa médica o profesional especial, según las cuales los facultativos no responden sino de la negligencia grave, patente o grosera, (Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos" cit., p.208 y sgtes).- Se trata entonces de determinar como actuó o debió hacerlo el médico de acuerdo a los deberes especiales o reglas propias que le impone el ejercicio de la medicina, (Compagnucci de Caso, "La culpa en la responsabilidad médica", LL. diario del 15/2/94, p.1/4; CNCiv, Sala "E", 29/4/86, ED 119-613; Sala "F", 5/5/89, LL, 1989-C-623).- Cuadra precisar en este sentido que la conducta del profesional debe apreciarse sin el excesivo rigor, que torne imposible el ejercicio de la medicina, pero sin demasiada lenidad para no consagrar la impunidad, con el consiguiente peligro para la comunidad (CNCiv., Sala "C", ED, 98-576; Borda, "Criterio para apreciar la responsabilidad médica", LL, 1992-B-295 - Trigo Represas, LL.- 1984-C-582).-

Dado entonces que el deber central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente o pretensor la carga de la prueba de la culpa del médico, (Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", cit, p.185/196, Bustamante Alsina, "Prueba de la culpa", La Ley, T.99-892), puesto que en las aludidas obligaciones de actividad o de medios, cuya infracción genera responsabilidad subjetiva, el "incumplimiento", cuando menos en el plano funcional, se conforma con la culpa, razón por la cual la demostración de ésta entraña tanto como hacer patente aquel incumplimiento, que es lo que interesa a los fines probatorios, (CNCiv., Sala "D", L.95.276, "Sica c/ E.N.Tel. y otros", 12/5/92).- No basta, pues, con revelar la mera infracción "estructural", o sea la causación del daño médico, para deducir "sic et simpliciter" la culpa, aunque tal transgresión al "altum non laedere" provoque antijuricidad, (CNCiv. Sala "D", 9/8/89, voto del Dr. Bueres, La Ley, 1990-E-414 y sgtes, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreira, "Responsabilidad civil de los sanatorios y culpa médica", id., 28/2/96, ED, 172-486).- Claro está que para tenerla por acreditada, el juzgador puede recurrir a la prueba de presunciones y al concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, y que hace recaer la carga probatoria en cabeza de aquél que se encuentre en mejor situación para probar (CNCiv. Sala "D", 28/2/96, ED, 172-486).- Las dificultades probatorias que debe sortear con frecuencia el paciente para acreditar la culpa del médico, sumada a la situación de superioridad en que éste se encuentra en razón de sus conocimientos técnicos y de las circunstancias que rodean al tratamiento o la intervención quirúrgica, determina que deba conferirse un elevado valor a la prueba de presunciones judiciales, tal vez en dimensión mayor que en otras materias, (Bueres, "Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos", ed. Ábaco, 1981, p.240/241; Vázquez Ferreira, "Prueba de la culpa médica", ed. Hammurabi, 2ª ed. 1993, p.103 y sgtes).- De tal suerte, evidenciados ciertos datos empíricos, el juez ha de deducir la culpa galénica no probada de modo directo, en otras palabras, el sentenciante tendrá por demostrada la culpa cuando el daño, en su ocurrencia, según la experiencia común, no podría explicarse de otra manera que no fuese por virtud de la comisión de tal culpa -a menos que el profesional demandado diera una contraprueba eficaz:, la no culpa o el "casus" como límite de responsabilidad, (CNCiv. Sala "D", 9/8/89 precit., íd, 28/2/96, ED, 172-486).- La cuestión fue también tratada en las V "Jornadas Rioplatenses" antes citadas, aprobándose en esa oportunidad las siguientes recomendaciones:

"En supuestos de responsabilidad subjetiva la culpa de ser acreditada por el actor.- Por tratarse de su propio obrar, el profesional demandado generalmente se encuentra en mejores condiciones de aportar los elementos técnicos demostrativos de su conducta diligente, (punto 7)", en tal caso "Cuando la responsabilidad es subjetiva, para tener por configurada la culpa son de singular importancia las presunciones judiciales" (punto 8).-

En este orden de ideas, es indudable que el fracaso o ausencia de éxito de la prestación médica, no significa "per se" incumplimiento ni una presunción adversa al profesional, justamente en razón de la naturaleza de la obligación de medios que caracteriza su actividad, (CNCiv. Sala "A", 15/9/99, ED 186-368; SALA "G", L. 157.784, 27/2/95, ED, 167-707), y desde esta perspectiva, tal como se ha destacado, para ponderar la responsabilidad del profesional, debe colocarse el juzgador en el lugar y en el tiempo en el que el médico actuó, y preguntarse si éste lo hizo por uno de los caminos posibles, si fue aceptable su conducta en el marco de las circunstancias que rodeaban al caso en esa oportunidad concreta, pues la mirada retrospectiva, no ayuda a resolver la temática, pues es fácil el análisis "ex post facto" sabiendo ahora lo que tenía el paciente, (CNCiv. Sala "F", 5/2/98, ED, 186-526, id, L.285.413, 14/6/2000).- La conducta del médico solamente puede acarrear responsabilidad si ha mediado imprudencia o desacierto en la elección de los métodos de tratamiento o incurrido en un evidente e inexcusable error de diagnóstico, (CNCiv. Sala "G", L. 157.784, in re "Medina c/ Palomba" del 27/2/95; Sala "E", 31/5/96, ED, 117-243; Vázquez Ferreira "Responsabilidad civil por diagnóstico médico", JA.- 1992-II-740).- Vale también destacar que la caracterización de la culpa requiere la concurrencia de dos requisitos: posibilidad de previsión y la aptitud suficiente para que esa posibilidad exista.- Y sea que exprese la definición de esa manera, o poniendo el acento en la anomalía de la conducta del agente, lo cierto es que el deber de previsión de las consecuencias dañosas adquiere especial relevancia en el caso del profesional de la medicina.- La culpa se presenta no sólo como imprudencia, sino también como negligencia e impericia, cuando se omite cierta actividad, impuesta por la naturaleza de la obligación, el cuadro que presenta el paciente y las circunstancias de tiempo y lugar de cumplimiento de la prestación galénica, (art. 512. Cód. Civ.).-

Por otro lado, es indispensable la prueba de la culpa del facultativo porque, además de la responsabilidad que implica para este, compromete la concierne al ente asistencial en cuyo plantel se desempeñaba el médico y, en su caso a la obra social, pues la responsabilidad de estos últimos reposa en la existencia de una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la obligación principal que toman a su cargo de prestar asistencia médica por facultativos adecuados.- En las relaciones entre el ente asistencial, el paciente y de quienes el primero se vale para brindar atención, se está en presencia de varios contratos; al par que existe uno entre el paciente y el establecimiento, obra social o servicio de medicina prepaga, para que se le proporcione atención, hay otro entre el ente (estipulante) y el facultativo o personas de quienes se vale, prominentes), a favor del enfermo (beneficiario), encuadrable en los términos del artículo 504 del Código Civil.- De este doble juego de relaciones surge que las responsabilidades del galeno, clínica y entidades auxiliares, frente al paciente son directas y de naturaleza contractual, (Bueres) "Responsabilidad civil de los médicos", T.1 2ª, ed, 1992, p.380/385 y 398/399; del mismo autor, "Responsabilidad de las clínicas y establecimientos médicos", p.87, Trigo Represas, "Responsabilidad civil de los médicos y establecimientos asistenciales", LL, 1981-D-133; Mosset Iturraspe-Lorenzetti, "Contratos médicos", p.162; Bustamante Alsina, "Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión", L.L., 1976-C-65; Casiello, "Responsabilidad de las clínicas y de las obras sociales por mala praxis médica", L.L., 23/10/95; CNCiv., Sala "A", LL, 1977-D.92; Sala "B", 23/9/95, LL, 21/6/96; id.2/9/97, ED, 178-508; Sala "C", 24/8/82, ED, 102-206; Sala "D", 28/10/82, ED, 103-271; id. 9/9/89, JA 1990-II-68; id. 28/2/96, ED, 172-487; Sala "E" 12/8/97, LL, 11/2/98; id., 3/3/99, ED.,95-568; Sala "J", 11/6/92, LL., 1994-A-269; id., 29/9/94, LL., 22/9/95.- Una vez probada la culpa del médico o servicio empleado por el ente para cumplir la atención, dicho deber de seguridad deviene irrefragable e inexcusable, pues queda manifiesta la violación de ese deber, y el establecimiento no puede probar su no culpa en la elección o en la vigilancia del facultativo o del personal auxiliar, (Bueres, "La responsabilidad civil de los médicos", p.386/387; CNCiv. Sala "D", 28/10/82, ED, 103-271, id., 8/5/95, JA 1966-II-454).- Bien entendido que la prueba de la culpa del médico o personal paramédico es indispensable, no porque la responsabilidad de éstos se refleje en la entidad en una suerte de responsabilidad indirecta, pues no media subordinación por cuanto la labor científica la excluiría, sino por que la

prueba de aquella culpa será la demostración de la violación del deber de seguridad que se haya comprendido en el contrato asistencial, cuya omisión genera la responsabilidad de la entidad además de la que concierne, directa y personalmente al autor material (Bustamante Alsina, "Responsabilidad de los médicos en el ejercicio de su profesión", LL, 1976-C-63; id. "Responsabilidad de las clínicas por mala praxis de su cuerpo médico", en ED, diario del 14/12/92).- En síntesis, el deber de responder por el incumplimiento de la obligación de seguridad, en relación a la eficiencia de la prestación medical, está condicionada al desacierto de la actividad desplegada por los profesionales o de aquellos a quienes el ente recurre para cumplir las prestaciones a su cargo. (Compagnucci de Caso, "La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica", nota a fallo, LL, del 22/9/95).-

Punto III.- de la Sentencia: Con sujeción a las precedentes directivas, y de acuerdo con el mérito que arrojan las pruebas rendidas en el proceso, valoradas en conjunto y de conformidad con los principios de la sana crítica (art. 386 y 477 Cod. Procesal), es que habrá de apreciarse la actuación profesional que le cupiera al doctor M., con motivo del tratamiento de inmunización aplicada al accionante, conforme ameritan las constancias de la historia clínica del Centro R.M. acompañada en autos y que obra en sobre reservado.- Parece innecesario destacar, conforme a criterio pacífico de la doctrina y jurisprudencia, la importancia que en los juicios de mala praxis tiene la historia clínica del paciente, tanto para juzgar acerca de la culpa médica como con respecto de la relación de causalidad entre el daño y la conducta medical obrada u omitida (CNCiv. Sala "D", 24/5/90, LL, 1991-D-469; id. 20/10/98, in re "Alzueta de Mercau, Silvia c/ Fundación de Genética Humana y otros", ED, diario del 10/2/99; Sala "I", 19/2/97 in re "LL. C/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", LL, ejemplar del 7/5/98; Sala "J", 29/9/94, LL, 1995-D-550, con nota de Rubén Compagnucci de Caso; Sala "E", 26/8/87, ED., 126-449; Vázquez Ferreira, R-Tallone, F., "Derecho Médico y Mala Praxis", ed. Juris, Rosario, año 2000, págs. 47/52).-

IV.- Las fotografías certificadas que el actor acompañó al demandar, (obrantes en sobre marrón reservado) acreditan que en el mes de Octubre de 1997 presentaba varios abscesos en ambos glúteos, que le aparejaron las secuelas físicas indicadas en el peritaje médico de fs. 722/734.- Si se advierte que de acuerdo a las constancias de la historia clínica acompañada por la parte demandada en el responde de fs. 193/210, (reservada sin foliar en sobre reservado blanco con membrete del estudio Gutiérrez Zaldívar), en conjunción con el "cronograma de tratamiento" de fs. 22, se le aplicaron al actor ocho autovacunas entre el mes de Junio y el mes de Julio de ese año, habiéndose además este reconocido al absolver posiciones (fs. 290/291) que luego viajó al exterior llevando cuatro dosis entregadas por la Dra. A., profesional del Centro Médico R.M., (ver su declaración a fs. 399/400), no continuando aquél a su regreso con el tratamiento, (tal como admitiera en el inicio), es dable concluir que los abscesos se ubican en los lugares de aplicación de las vacunas.-

Ahora bien, ponderando la circunstancia que a su regreso del viaje a la isla caribeña de St. Martin, (ver misiva a fs. 16), el actor hiciera analizar en el Servicio de Huellas Digitales Genéticas de la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la U.B.A., una de las vacunas que allí no se aplicara, (ver informe agregado a fs. 19/20), análisis que permitió establecer la identidad genética con la muestra de sangre aportada, (lo cual sin duda descartaba que la vacuna estuviera por hemoderivados de otra persona), sin que el informe hiciera referencia a que dicha vacuna estaba contaminada, (anomalía que a no dudar se habría hecho constar), permite considerar que los abscesos no fueron consecuencia de la aplicación de vacunas infectadas o en mal estado.- Por el contrario, siendo así que el actor sostuvo que el Dr. M. le aplicó antes de partir al exterior una vacuna sin la debida asepsia, (extremo por lo demás no demostrado), dichos abscesos no encuentran otra explicación verosímil que el de tratarse de reacciones del organismo ante la introducción de antígenos mediante las autovacunas, es decir consecuencias inevitables del tratamiento de inmunización, (reacción o fenómeno de Arthus).- ****Así se sostiene en la impugnación al peritaje médico efectuado en la presentación de fs. 749/752, suscripta por la consultora técnica de la institución codemandada, cuya razonabilidad no ha sido desvirtuada por el perito médico en la contestación de fs. 856/859, pues las conclusiones opuestas que sobre el punto arriba el experto, no exhiben, en mi parecer, suficiente fundamentación científica.- En este sentido es apropiado señalar, en orden a lo normado en el art. 472 del Cód. Proc., que como ha sostenido la jurisprudencia, la libertad de apreciación del juzgador no

desaparece ni se limita por tratarse de un informe técnico, (CNCiv. Sala "H", in re "P.,D. C/ P.M.A. y otros S/ Daños y perjuicios", fallo del 18/10/2002).- La eficacia probatoria del dictamen pericial debe estimarse teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos en que funda sus conclusiones, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores idóneos de las partes y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca, (art. 477 Cod. Proc.), directivas que en el caso llevan a disentir de la apreciación sobre el punto expuesta por el perito médico legista designado de oficio, y compartir en cambio la asersión efectuada al respecto por la consultora médica Dra. I. - Tratándose dicha reacción entonces es un riesgo terapéutico, o sea de un supuesto de "iatrogenia", es claro que importa una situación constitutiva o equiparable al "casus", que como tal es eximente de la responsabilidad médica (conf. Luis A. Fumarola en Buere-Highton, "Código Civil...", T.4B, pág.267).- Ello así aun cuando en la especie la parte demandada no acreditara que informó al actor por escrito acerca de la posible ocurrencia de esas reacciones, ya que es dable considerar que tenía plena conciencia de ese riesgo, atento a su condición de médico especialista en reumatología, (conf. art. 909 Cód. Civ.), a que padece la hipoacusia desde muchos años antes del inicio del tratamiento, y a las múltiples consultas y terapias realizadas con anterioridad, con el consiguiente conocimiento de la problemática, según se desprende de los antecedentes que minuciosamente detallara en la "historia clínica" que adjuntara con la carta que remitió al Dr. M. solicitándole información acerca del tratamiento que aplicaba, (obrantes en sobre reservado y reconocida por el accionante al absolver posiciones).-

Entiendo apropiado destacar que es criterio aceptado por la doctrina y la jurisprudencia que el deber del advertir al paciente acerca de los posibles riesgos o consecuencias desfavorables del tratamiento o cirugía a llevar a cabo, constituye un principio que rige la actividad médica, (Susana Albanese, "Relación médico-paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica", LL, 1991-D_114; Bueres, "Responsabilidad civil de los médicos", p.242; Bustamante Alsina, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p.453; CNCiv. Sala "A", autos "Sánchez de Villaroel, M.J. c/ MCBA s/ daños y perjuicios", del 27/11/95).- Pero el ordenamiento legal solo prevé dos supuestos en que el consentimiento debe inexorablemente otorgarse por escrito, a) en casos de intervenciones mutilantes (art. 19 inc. 3 ley 17.132), y b) cuando se tratare de trasplantes de órganos (art. 13 ley 21.541), pudiendo en los demás, ser presentado en forma verbal (CNCiv., Sala "C", autos "D.L., M.S. c/ M.M." del 19/2002; Sala "I", 6/6/2002, LL, 5/3/2003).- Y en tal sentido se ha dicho que no debe endilgarse al médico demandado la carga de acreditar que le paciente fue informado adecuadamente de los riesgos de una intervención quirúrgica, pues no existe norma positiva que justifique la inversión de la carga positiva que justifique la inversión de la carga de la prueba en esta materia (CNCiv. Sala "C", L. 271.739, del 11/11/99: Highton-Wierzba, "La relación médico paciente: El consentimiento informado", p.147, num. 215, ed. Ad-Hoc, Bs.As., 1991).- Sala "D" de la Cámara se pronunció en el sentido de que pesa sobre la parte actora demostrar que no fue informada adecuada (CNCiv. Sala "D", autos "García c/ Instituto Cardiovascular del Hospital Israelita s/ daños y perjuicios", voto del Dr. Bueres), comprobación que no resulta de las pruebas rendidas.- Por lo demás, también se ha sostenido que el consentimiento del paciente debe presumirse en operaciones sin riesgos ciertos (Albanese y Zuppi, "Los derechos de los pacientes en el complejo sistema asistencial", LL, 1989_B_754).- Nótese por otra parte que el actor no dice que hubiera rechazado el tratamiento aplicado de haber conocido los riesgos, -circunstancia esta que al mismo correspondía probar y tampoco hizo-, sino que disconforme con las reacciones producto de la aplicación de las vacunas, arguye las frustraciones de expectativas generadas por el médico, aduciendo así implícitamente que el profesional prometió un resultado exitoso, que no resulta en modo alguno de la prueba, ni del artículo periodístico ya mencionado, el cual, dicho sea de paso, por sus características sería aventurado decir que importaba una publicidad encubierta, pues ninguna referencia concreta se hace en el de las actividades del Dr. M. o del Centro Médico (ver conclusión concordante de la perito socióloga que suscribe el informe de fs. 579/582).- Sin perjuicio de lo expuesto, nada se ha aportado al proceso que apreciado retrospectivamente permita considerar que el actor no hubiera aceptado la aplicación de las vacunas en razón de los riesgos que ello conllevaba, tanto más cuanto que sabía que se trataba de un tratamiento novedoso o experimental (conf. tenor de la pregunta 2da del pliego de posiciones puestas al Dr. M. a fs. 292, art. 411 Cód. Proc.).-

V.- En lo referente a la no obtención de mejoría con el tratamiento, o a la frustración de las expectativas que el actor abrigaba sobre el particular, tratándose en el caso de una obligación de medios o de actividad, pues no hay prueba de la promesa de un resultado cierto, (compromiso por otra parte vedado por el art. 20 de la ley 17.132), no existen elementos de convicción demostrativos de que se hubiere incurrido en deficiencias reprochables a título de culpa, sea por impericia o por imprudencia, en la preparación de las vacunas o bien en la aplicación del tratamiento, máxime ante la existencia del álea que significaba lo novedoso de la terapéutica y la incertidumbre derivada de la cronicidad de la patología de antigua data que padecía el accionante.- Sin que el incremento de la hipoacusia en el oído derecho comprobado en la audiometría cumplida en el mes de Setiembre de 1997 baste para así considerarlo (conf. peritaje médico), tanto mas ante el carácter fluctuante del padecimiento, tal como surge de su evolución y crisis recurrentes (ver historia clínica realizada por el actor, ya mencionada).- Sobre el particular, el reclamante omitió decir al menos en que habría consistido la actividad omitida o errónea, tampoco surge del peritaje médico, y por último, mal puede ser objeto de reproche la no consecuencia del interés mediato involucrado en el tratamiento cuando el actor hizo abandono del mismo, sin motivos valederos que lo justificaran lo cual configura un factor eximente de la responsabilidad del profesional (conf. Bueres-Highton, Código Civil..., T. 48, pág. 189).-

VI.- Por todo lo expuesto, corresponderá rechazar la pretensión resarcitoria deducida, así como el reclamo de repetición de lo parcialmente abonado por el tratamiento, pues el incumplimiento contractual no es imputable a la parte demandada.-SIGUE EL FALLO QUE RECHAZA LA DEMANDA.-

El Papa Pío XII (Prudentia Juris, año 1980, N° 2, pág. 117)), señaló, en una doctrina que excede cualquier postulado confesional religioso: "El juez humano...antes de pronunciar la sentencia judicial, debe formularse una certeza moral, tal, que excluya toda duda razonable y seria sobre el acto externo y la culpabilidad interna. En la mayor parte de los delitos, se manifiesta ya suficientemente, el sentimiento interno de donde procedió. Por lo tanto, por regla general se puede -y algunas veces se debe-, sacar de las circunstancias externas, una conclusión substancialmente exacta, si no se quiere hacer imposibles las acciones judiciales de los hombres".-

La Sentencia cuyos fundamentos volcamos en esta comunicación, asienta su convicción en circunstancias constatables, a través de la prueba producida por las partes de la contienda, por lo qué, la prueba tiende a formar la convicción del Juzgador, que será quien debe decidir con convicción, sobre la versión de los hechos, y, tal convicción implica, necesariamente, formarse una convicción y certeza, tanto jurídica como moral, que excluya toda duda razonable y seria sobre lo efectivamente acontecido en los hechos postulados por la demanda y controvertidos al responder la misma.-

Dra. Lidia Nora Iraola - Médica. MTAMA - Presidente del TEPLAS

Dr. Hernán Gutiérrez Zaldívar - Asesor Letrado MHN AMA - Presidente Comité Peritos AMA