

REVISTA DE
**RESPONSABILIDAD
CIVIL Y SEGUROS**

AÑO XVI • NÚMERO 10 • OCTUBRE 2014

DIRECTOR FUNDADOR
ATILIO A. ALTERINI

COMITÉ ACADÉMICO

AMEAL

BUERES

CASIELLO

COMPAGNUCCI DE CASO

GHERSI

MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ

MÜLLER

PARELLADA

PIAGGIO

PICASSO

PIZARRO

SAUX

TRIGO REPRESAS

VÁZQUEZ FERREYRA

ÁREA DERECHO DE SEGUROS

STIGLITZ R. S.

ÁREA PROCESO DE DAÑOS

KIPER

ÁREA RESPONSABILIDADES ESPECIALES

CAFFERATTA - CALVO COSTA - GALDÓS - KRAUT

LÓPEZ HERRERA - MÁRQUEZ - RINESSI - VERGARA

ÁREA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

ZAVALA DE GONZÁLEZ

THOMSON REUTERS

LA LEY

CORRESPONSALES EXTRANJEROS

Brasil: Prof. Cláudia Lima Marques
(Universidade Federal do Rio Grande do Sul)

Prof. Judith Martins Costa
(Universidad de San Pablo)

Uruguay: Prof. Gustavo Ordoqui Castilla
(Universidad Católica del Uruguay)

Prof. Arturo Caumont
(Universidad de la República del Uruguay)

Paraguay: Prof. Ramón Silva Alonso
(Universidad Nacional de Asunción)

Chile: Prof. Claudia Schmidt Hott
(Universidad de Chile)

Perú: Prof. Carlos Fernández Sessarego
(Pontificia Universidad Católica del Perú)

Colombia: Prof. Javier Tamayo Jaramillo
(Universidad del Externado)

Venezuela: Prof. José Melich Orsini
(Universidad Central de Venezuela)

Costa Rica: Prof. Víctor Pérez Vargas
(Universidad de Costa Rica)

Estados Unidos de América: Prof. Alejandro M. Garro
(Columbia University)

España: Prof. Mariano Yzquierdo Tolsada
(Universidad Complutense de Madrid)

Prof. Ricardo de Ángel Yáguez
(Universidad de Deusto)

Prof. Eugenio Llamas Pombo
(Universidad de Salamanca)

Francia: Prof. Christian Larroumet
(Université de Panthéon-Assas Paris II)

Italia: Prof. C. Massimo Bianca
(Università di Roma)

Prof. Guido Alpa
(Universidad de La Sapienza de Roma)

Portugal: Prof. António Pinto Monteiro
(Universidade de Coimbra)

Alemania: Prof. Wilfried Schlüter
(Münster Universität)

Suiza: Prof. Pierre Widmer
(Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung)

I.S.S.N. 1666-4590

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL N° 5074187

SUMARIO

Las predisposiciones anteriores de la víctima de un daño indemnizable
Por Félix A. Tigo Repressas 11

Daños causados por animales y asunción de riesgos
Por Enrique C. Müller 21

El inicio del cómputo de los intereses en el resarcimiento indemnizatorio
Por José Fernando Márquez y Carlos Ignacio Vélez 31

LA RESPONSABILIDAD EN EL ACCIDENTE DE TRÁNSITO (con nota de Félix A. Tigo Repressas)
Muerte Matrimonial congenera de la víctima que sufre lesiones subidas. Causas
Responsabilidad concurrente. Causa de la norma procesal. Responsabilidad
forzosa. Exclusiones. Elementos de la culpa. Responsabilidad y la víctima. Responsabilidad
funcionalidad (Código y Com. Juris) 41

DAÑO MORAL DEL CONCUBINO
Muerte de una mujer en un accidente de tránsito. Responsabilidad de la víctima.
Culpa. Responsabilidad del concubino. Responsabilidad del marido. Responsabilidad
funcionalidad (Código y Com. Juris) 51

DAÑOS EN COMPETENCIA RIESGOSA. ASUNCIÓN DE RIESGOS (con nota de Enrique
C. Müller) 61

COLUMNA

La carga dinámica de la prueba en materia de daños en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación
Por **Jorge L. Kielmanovich (PORTADA)**

DOCTRINA ESENCIAL

DOCTRINA

El consentimiento informado: aspectos jurídicos y bioéticos
Por **Oscar Ernesto Garay** 5

Obligaciones de medios y de resultado: su gradación en categorías intermedias o ternarias
Por **Aldo Marcelo Azar** 20

Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes
Por **Mario A. Zelaya** 29

DERECHO PRÁCTICO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Las predisposiciones anteriores de la víctima de un daño indemnizable Por Félix A. Trigo Represas	51
Daños causados por animales y asunción de riesgos Por Enrique C. Müller	64
El inicio del cómputo de los intereses en la responsabilidad contractual Por José Fernando Márquez y Carlos Ignacio Viramonte	71

JURISPRUDENCIA

ACCIDENTE DE TRÁNSITO (con nota de Félix A. Trigo Represas)

Muerte. Malformación congénita de la víctima que agravó las lesiones sufridas. Concausa. Responsabilidad concurrente. Daño moral. Limitación de la indemnización a los herederos forzosos. Exclusión del hermano de la víctima. Unión entre el hermano y la víctima. Inconstitucionalidad (CCiv. y Com., Junín)	51
---	----

DAÑO MORAL DEL CONCUBINO

Muerte de una mujer en un accidente de tránsito. Inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil. Legitimación del concubino para reclamar daño moral. Indemnización. Rubros (CCiv. y Com. Mercedes)	134
--	-----

DAÑOS EN COMPETENCIA RIESGOSA. ASUNCIÓN DE RIESGOS (con nota de Enrique C. Müller)

Responsabilidad de los organizadores de un festival de doma por la caída de un jinete. Riesgo creado. Responsabilidad del Consejo General de Educación y de la provincia de Entre Ríos. Indemnización. Procedencia de la acción (C2aCiv. y Com. Paraná)	64
---	----

DAÑOS POR CONTAGIO DE ENFERMEDAD EN HOSPITAL PÚBLICO

Condena al Gobierno porteño a indemnizar a un trabajador de hospital público que contrajo tuberculosis. Indemnización. Daño moral (CContenciosoadministrativo y Trib.)	158
--	-----

MALA PRAXIS MÉDICA

Muerte de niño. Negligencia en tratamiento médico. Derivación a otro nosocomio. Ausencia de mala praxis (C1aCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza)	109*
---	------

MUERTE EN UNA PISCINA

Empleada doméstica fallecida en el lugar de trabajo. Ahogamiento en una piscina. Inexistencia de responsabilidad de los empleadores. Carácter no riesgoso de la cosa. Medidas de seguridad (CNCiv.)	101
---	-----

PROPIEDAD INTELECTUAL

Difusión pública de recetas de cocina sin la autorización del dueño de la obra. Propiedad intelectual. Daños. Procedencia parcial de la acción. Ausencia de responsabilidad del auspicante. Indemnización (CCiv. y Com. 9a Nom. Córdoba) 116

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PADRES

Robo efectuado por un menor. Responsabilidad civil de la madre por los daños ocasionados. Responsabilidad solidaria. Influencia de la sentencia penal en el ámbito civil. Desfiguración de rostro. Daño estético (C3aCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza) 122

Menor herido en una pelea grupal por persona no identificada. Falta de autoría penal. Responsabilidad colectiva. Eximentes. Deber de vigilancia. Procedencia de la acción (C5aCiv. y Com. Córdoba) 146

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO

Error ocurrido en la identificación de las víctimas de una tragedia aérea. Indemnización por daño moral otorgada a los familiares. Procedencia de la acción (CNFed. Contencioso administrativo) 97

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. CÓMPUTO DE LOS INTERESES (con nota de José Fernando Márquez y Carlos Ignacio Viramonte)

Responsabilidad de un médico cirujano por mala praxis. Diligencia en la prestación médica. Ausencia de responsabilidad de la clínica. Indemnización. Procedencia de la acción (CNCiv.) . . . 71

RESPONSABILIDAD DEL TITULAR REGISTRAL DEL AUTOMOTOR

Excepción de falta de legitimación pasiva. Desprendimiento de la guarda con anterioridad al accidente. Procedencia de la excepción (CCiv. y Com. Mercedes) 143

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

JURISPRUDENCIA

ACCIDENTE DE TRÁNSITO

Automóvil detenido repentinamente en carril de autopista por desperfecto mecánico. Daños al acompañante del conductor por otro automóvil embistente. Presunción de culpa. Irresponsabilidad del embistente. Culpa del conductor del vehículo (C1aCiv. y Com. San Isidro) 190

Responsabilidad civil en caso de siniestro vial en una ruta. Peatón embestido por una máquina agrícola. Muerte de la víctima. Indemnización (CCiv. y Com. Azul) 235

ACCIDENTE DE TRÁNSITO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Responsabilidad de una Municipalidad por la caída de un automovilista en una zanja sin señalización de tres metros de profundidad. Responsabilidad de la empresa proveedora del servicio de agua potable. Indemnización (C4aCiv., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza). 201

DAÑOS EN INMUEBLE. PRESCRIPCIÓN

Responsabilidad del constructor de una obra por amenaza de ruina. Prohibición de la dispensa contractual de responsabilidad. Rechazo de la excepción de prescripción. Procedencia (CCiv. y Com. Azul) 218

DERECHO A LA IMAGEN

Responsabilidad por difusión de imagen sin autorización. Utilización de la fotografía de un deportista profesional para promocionar la venta de paquetes turísticos para el Mundial de Rugby. Falta de interés público. Indemnización. Daño material y daño moral (CNCiv.) 182

Uso de la fotografía de un modelo en una publicidad. Exceso del plazo pactado. Responsabilidad de la empresa contratante (CNCiv.) 209

RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ODONTÓLOGO

Responsabilidad por mala praxis odontológica. Extracción de pieza dentaria. Deber de diligencia. Indemnización (CNCiv.) 211

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. VIOLENCIA FAMILIAR

Homicidio de una mujer y su hijo. Responsabilidad parcial del Estado provincial. Incumplimiento del deber de investigar los hechos denunciados. Elemento facilitador del desenlace fatal (C5aCiv. y Com. Córdoba) 171

PROCESO DE DAÑOS

JURISPRUDENCIA

CITACIÓN DE TERCEROS. COSTAS

Demanda de derecho común. Responsabilidad por muerte del empleado. Culpa de la víctima. Falta de diligencia del dependiente. Insuficiente crítica de la sentencia. Terceros (SC Buenos Aires) 249

SEGUROS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Un retroceso en la protección de los consumidores
Por **Waldo A. R. Sobrino** 259

Un importante fallo de la Corte Suprema
Por **Fernando Babot** 259

JURISPRUDENCIA

SEGURO. Oponibilidad del límite de responsabilidad (con nota de Waldo A. R. Sobrino y Fernando Babot)

Cláusula limitativa de responsabilidad. Oponibilidad. Transporte benévolo. Personas que viajaban en la cajuela del automóvil (CS,) 259

SEGUROS. LÍMITE DE COBERTURA

Acción de daños derivada de un accidente de tránsito. Nulidad de una cláusula de un contrato de seguro que limita la cobertura por incapacidad o muerte. Responsabilidad de la compañía aseguradora. Procedencia (CNCiv.) 293

SUSPENSIÓN DE SEGURO POR FALTA DE PAGO

Peatón embestido por un automóvil en un cruce de calles. Responsabilidad del conductor. Exclusión de cobertura de la aseguradora por falta de pago de la prima. Responsabilidad del titular registral. Indemnización (CCiv. y Com. Azul) 285

PENSAMIENTO JURÍDICO

PÁGINAS CLÁSICAS

Fundamento de la responsabilidad del comitente por el hecho del subordinado y condiciones de ejercicio de la misma
Por **Arturo Acuña Anzorena** 303

Los derechos de los médicos en su relación con los pacientes

POR MARIO A. ZELAYA

Sumario: I. Introducción.— II. Los médicos, los pacientes y la ley 26.529.— III. La superposición legislativa.— IV. Los derechos de los médicos.— V. Palabras finales y conclusiones provisionarias.

"La protección del paciente no va en desmedro de la protección del médico, ni un avance legislativo en defensa del paciente implica un retroceso para los derechos de los médicos. Más aún, la protección normativa de los derechos de los pacientes podría contribuir a mejorar el servicio de salud".

I. Introducción

El camino que se debió recorrer hasta lograr la protección de los derechos de los pacientes (1) no fue fácil y mucho menos directo. El movimiento pendular propio del pensamiento jurídico en diversas áreas (2) determinó el tránsito de un sistema de castigos corporales crueles para al médico que producía un daño sin justificación, para pasar a un sistema reglado en el que sólo respondía ante la culpa grave o gravísima (porque el resto de daños al paciente eran considerados

errores que quedaban fuera del control judicial por provenir de un actuar conjeturable y ajeno al conocimiento de los magistrados) para luego volver al castigo excesivo, aunque ya no físico, sino económico y social.

El auge del reconocimiento de los Derechos Humanos mediante instrumentos surgidos de organizaciones internacionales luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial en 1945, dieron lugar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos por el que se enfatiza la libertad, dignidad e igualdad de la persona humana como valores que permitan ubicarla en el centro del pensamiento social. Recién a partir de entonces comenzó la reacción (3), producto de ese reconocimiento del individuo con voluntad propia, creador de sus conductas e ideas y responsable de las acciones, es decir con la autonomía personal como ariete contra la arraigada tradición del paternalismo médico o medicina hipocrática paternalista.

De acuerdo a esta filosofía, la relación entre el médico y el paciente se fundaba en la superioridad técnica del primero, quien formulaba las indicaciones a seguir, frente a la subordinación

(1) Entendemos por paciente a la persona que padece una afección sanitaria y por dicha vulnerabilidad, se hace merecedor de una protección específica en relación a la genérica protección de la salud. Por su parte, la salud es definida, según la Organización Mundial de la Salud, como el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad.

(2) A modo de ejemplos en el derecho nacional, piénsese en la protección del trabajador o del deudor en concurso preventivo.

(3) El Código de Nüremberg (1947), el reglamento de la Comisión Conjunta de Acreditaciones de Hospitales o JCHAO según sus siglas en inglés de Joint Commission on Accreditation of Healthcare Organizations (1970), la Carta de Derechos del Paciente (1973) aprobada por la Asociación Americana de Hospitales, la Carta del Enfermo Usuario de Hospital surgida del Comité Hospitalario de la Comunidad Económica Europea (1974) y el documento dedicado a derechos de los pacientes emanado de la Asamblea Parlamentaria de la Comisión de Salud y Asuntos Sociales del Consejo de Europa (1976) son consideradas las primeras formulaciones estatutarias de derechos del paciente.

del segundo que, como débil jurídico, las aceptaba con docilidad, aún en su perjuicio (como en caso de denegatoria de una intervención de contracepción quirúrgica). El centro de la relación era el médico; resultaba inadmisibile la posibilidad del paciente —tratado como incapaz, como débil a orientar, por el que había que decidir de rechazar el procedimiento terapéutico propuesto por el profesional quien debía hacerse cargo de adoptar la decisión porque era lo mejor para el paciente. Y es sabido que estas ideas, llevadas al extremo, pudieron haber dado lugar a los experimentos de los médicos nazis con seres humanos bajo el velo de la supuesta búsqueda de un progreso científico.

La medicina no acompañó la inercia propia del siglo anterior que hubiera permitido al paciente ganar terreno en su relación con el profesional de la salud, sino que se estancó en esta idea tradicional y el cambio de mentalidad no se hizo eco en el dictado de normativa específica protectora del paciente. (4) En nuestro país, tal circunstancia debió haber sido motivada por la falta de reformas legales a las normas impregnadas del liberalismo clásico propio de la época de la concepción de los derechos civiles. Prueba de ello es que recién a partir del dictado de la ley 17.711 de 1968, se puso un límite al estricto apego y respeto a la palabra empeñada que consagra el art. 1197 del Código Civil, y se admitió la posibilidad de revisar los vínculos aun en ausencia de vicios de la voluntad al momento de su concreción (arts. 954, 1071 y 1198, textos según ley 17.711).

Sin pretender encontrar un hito excluyente que sirva como motivación única, la protección normativa de los derechos del paciente, a nivel mundial, ha surgido a partir de la observación de la problemática social en torno a la misión de dotar de un rol protagónico al paciente que demanda un servicio al médico que con su actuar basado en conocimientos técnicos está en condiciones de ayudar al primero a aliviar su

(4) Las principales leyes europeas sobre el tema tuvieron su aparición en el siglo XXI. Mencionamos por ejemplo la ley española nº 41/2002 llamada "ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica" (que sirvió de inspiración a la norma nacional), y la ley francesa 2002/303.

padecimiento, tales los lineamientos de la llamada relación médico-paciente. (5)

Es por eso que la ley 26.529 de *Derechos del Paciente en Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud* (6) -en adelante ley 26.529- vino a reforzar la autonomía del paciente frente a la visión anterior encarnada en el paternalismo. Hoy sabemos (7) que debe ser informado con palabras claras, precisas y sin ocultamientos para poder asumir con libertad los riesgos de su decisión. Y a partir del diálogo se indaga la voluntad del paciente, que se acerca al médico luego de recibir la información, y que por último decide con base en una facultad legal que le permite

(5) Aunque también se ha destacado la importancia de la relación médico — paciente "en cuanto relación humana, previo a la relación jurídica" (MARIONA, Fernando G., SANDOVAL LUQUE, Esteban, JUNYENT BAS DE SANDOVAL, Beatriz, "Derechos del paciente. Comunicación y documentación en la relación médico — paciente: el consentimiento informado y la historia clínica".

(6) Sancionada el 21 de octubre de 2009, promulgada el 19 de noviembre de 2009, publicada en el Boletín Oficial el 20 de noviembre de 2009, modificada por leyes 26.742 (B.O. 24-5-2012) y 26.812 (B.O. 21-1-2013) y reglamentada por el decreto 1089/2012 del 5 de julio de 2012. La ley tiene su origen en el proyecto originario presentado por el senador por Chubut, Marcelo Alejandro Horacio Guinle, en la Comisión de Salud y Deportes del Senado de la Nación con fecha 10/3/2005 (que perdió estado legislativo por no haber tenido media sanción durante los períodos parlamentarios de los años 2005 y 2006), y reiterado con modificaciones el 23/03/2007.

(7) Remitimos a la exhaustiva enumeración formulada por Prevot en cuanto a las diferencias producidas por el "cambio de mentalidad muy significativo en lo que se refiere a la concepción social de la actividad del médico y al grado o canon de calidad exigible en la prestación de los servicios sanitarios, lo que sin duda ha acrecentado estridentemente los reclamos indemnizatorios", quien agrega que "los profundos cambios operados no son exclusivos de la actividad galénica sino que responden a una nueva concepción del fenómeno resarcitorio, antes apegado a la idea de culpa como único fundamento...Uno a uno los presupuestos tradicionales para que pueda atribuirse responsabilidad civil a un sujeto determinado, en la especie, al médico demandado, se han metamorfoseado" (PREVOT, Juan M., "Responsabilidad civil del médico", JA 2009-I-1297 - SJA 11/3/2009, Lexis Nº 0003/014310). El artículo reproduce las conclusiones de uno anterior, pero de autoría plural (HERSALIS, Marcelo y PREVOT, Juan Manuel, "Consentimiento informado. A propósito de la libertad de autodeterminación del paciente", comentario a fallo, LLBA 2007, marzo, 154) y de otro de autoría individual (PREVOT, Juan M., "La responsabilidad civil médica. A propósito del caso 'H., J.M.'", comentario a fallo, JA 2006-IV-505, SJA 15/11/2006).

aceptar o rechazar la indicación terapéutica. Esa voluntad descubierta, que no puede siquiera “*ser suplida por una autorización judicial*” (8), debe ser consumada por el médico, quien acepta que el paciente pueda consentir o rechazar el procedimiento terapéutico, aún en contra de su opinión personal.

Es así que “*el criterio del médico que entabla una relación sanitaria democrática, contempla y acepta la eventualidad del rechazo por parte del paciente, en uso de su libertad y autonomía. Evaluando esta posibilidad, el galeno también debe informar: a) que el paciente tiene derecho a rechazar la propuesta médica sugerida; b) las consecuencias que significa para su salud el rechazo*”. (9) Esto ha llevado a decir a Petrella que el nuevo enfoque, con base en los arts. 2 de la ley 26.529 y 7 de la ley 26.657, parte de una relación horizontal entre el paciente y los médicos con fundamento en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO el 9 de octubre de 2005. (10)

II. Los médicos, los pacientes y la ley 26.529

A pesar del avance en torno al reconocimiento legislativo, no transitamos el mejor momento de la relación entre los profesionales de la salud y los abogados, por más que la distancia de trato no se exteriorice a través de textos académicos sino mediante opiniones vertidas en contextos de informalidad. Los médicos suelen explicar las causas del notorio aumento de los juicios de mala praxis en su contra en el actuar de los abogados (y de los médicos que los ayudan con el asesoramiento). (11) Creen sufrir la persecución del abogado y de

su cliente quienes buscan la culpa o el dolo que sirvan de base al reproche de mala praxis (12) para llevarlos a la justicia y así perjudicarlos social y económicamente.

Más allá del comentario que, por empírico, no pretende traslucir una afirmación con valor técnico (13), no hay dudas en cuanto a que la idea se encuentra arraigada en el pensamiento del galeno. Es así que puede leerse que “*en la relación que entablamos los médicos con los pacientes, no solamente nosotros podemos incurrir en faltas o errores; más de una vez son los propios enfermos los que ocultan o retacean información importante, no acuden a los controles programados, no cumplen con las indicaciones prescriptas o simplemente se comportan en forma negligente. A pesar de lo antedicho, estas situaciones cuando generan conflictos son a diario ocultadas e injustamente valoradas, observando aisladamente, y en el mejor de los casos, los resultados terapéuticos finales. Este erróneo juicio de valor, es frecuentemente utilizado por pacientes, familiares y abogados, motivo por lo cual conviene que se revean*

de una industria del juicio que incentiva a los pacientes a demandar, amparados en que pueden litigar sin gastos” (diario La Nueva Provincia, Bahía Blanca, ejemplar del 23 de agosto de 2008). Incluso con anterioridad, Nicolau afirmaba que existía “una fuerte tensión entre los equipos médicos y ciertos abogados que están a la búsqueda de trabajo profesional ente los enfermos carentes de los más elementales conocimientos médicos y jurídicos, atendidos en esos hospitales.” (NICOLAU, Noemí, “La intervención judicial en el negocio personalísimo entre médico y paciente — Dos recientes casos judiciales” (comentario a fallos), La Ley 1998-C, 265.

(12) Muchos abogados creen “que el saber médico actualizado lo puede todo; es apto para evitar los errores y conduce, siempre y en todos los casos, a resultados satisfactorios. Y buen número de médicos piensan aún hoy que son los abogados los que inducen a los pacientes a litigar, a llevar a los tribunales a sus médicos; ignoran que el hombre común de la democracia descrea de los fatalismos y ambiciona conocer las causas de los efectos perjudiciales, el por qué de sus daños.” (Mosset Iturraspe, Jorge, “Responsabilidad médica en pro de la justicia”, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini), AAVV, Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) — Bueres, Alberto J. (dir), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997).

(13) En cuanto a la enumeración de las razones jurídicas del incremento de las demandas por mala praxis contra los médicos a partir de la década del '70, remitimos al trabajo de COMPIANI, M. Fabiana, “Actualidad en el seguro de mala praxis médica”, JA 2006- IV-982 — SJA 11/10/2006.

(8) BUERES, Alberto J., Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, 2da. Edición actualizada, corregida y ampliada (1era. Reimpresión), p. 240.

(9) GARAY, Oscar Ernesto, Tratado de la responsabilidad civil en las especialidades médicas, Tº I, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2009, p. 298.

(10) PETRELLA, Alejandra, Un nuevo enfoque de la salud pública. Hacia una medicina menos deshumanizada en un marco de respeto por los derechos fundamentales, 01-12-2011, Revista áDA Ciudad, IJ-LXV-133.

(11) Un informe periodístico de hace seis años revelaba que uno de cada cinco médicos en Argentina afrontaba juicios por mala praxis. Y con fuente en la asociación Civil de Actividades Médicas Integradas (ACAMI), agregaba que “prestadores de servicios de salud denunciaron la existencia

algunos aspectos que se contemplan en la práctica cotidiana de nuestra profesión.” (14)

Aferrados a tales preconceptos, no han visto con buenos ojos el dictado de la ley 26.529 que consagra una serie de prerrogativas destinadas a ser ejercidas por el paciente como titular, y que tiene como sujetos pasivos (u obligados a respetarlas) a “*el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate*” (art. 2), a quienes en adelante llamaremos simplemente “*médicos*”, tanto por razones de agilidad en la prosa como también porque la ley 26.529 unifica las consecuencias jurídicas de todas las categorías de efectores.

La ley se presenta como un estatuto de derechos “*esenciales*” de los pacientes en su relación con los médicos (art. 2) algunos de los cuales ya eran objeto de protección general a través de otros cuerpos normativos incluso de jerarquía superior. Es así que no resultaba necesario proteger la dignidad o la intimidad de los pacientes (art. 2 incs. “*b*” y “*c*”) que no pierden su protección como personas sólo por sufrir una dolencia y requerir asistencia sanitaria. (15)

(14) FIORENTINO, Jorge, “Los desconocidos deberes y obligaciones de los pacientes”, 12/5/2004, cita web: <http://www.intramed.net/contenido.asp?contenidoID=29474>.

(15) Aunque no resulten de relevancia a los fines de la valoración de la ley y de la efectividad de su aplicación, pueden formularse varias críticas a la ley 26.529 en cuanto a su técnica y a su redacción: entre muchas otras, mencionamos que, a pesar del nombre que recibe la ley (Derechos de los Pacientes), son beneficiarias de las prerrogativas que consagra incluso personas que no son pacientes (tales los casos de las directivas anticipadas previstas en el art. 11 o cuando se consagra en el art. 2 inc. “*b*” el trato digno y respetuoso a familiares y acompañantes); en los términos de la fórmula legal, el derecho de asistencia del paciente regula la labor a los médicos del servicio público de salud (art. 2 inc. “*a*”); “*la ley parece dirigida a la relación médico-paciente tradicional, desconociendo que la medicina se socializó, se masificó, se tecnificó...*” (MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “Todos somos pacientes”, LA LEY 03/05/2011, 03/05/2011, 1 - LA LEY2011-C, 683), nada se establece con relación a la forma de la segunda opinión, ni si ésta a su vez puede ser sometida a una siguiente consulta, ya fuera cotejada con el preopinante o con un tercero (MARTÍ DE MINUTELLA, Estela en Actualidad Internacional en Seguridad Social, RDLSS 20104364, Lexis N° 0003/402356), la ley requiere el consentimiento informado del paciente ante “*toda actuación profesional en el ámbito médico — sanitario, sea público o privado*” (art. 6), a pesar de que el sector salud, al menos en nuestro país, se divide

La calificación de *esenciales* de los siete derechos enumerados deja traslucir que no son los únicos, sino que su reconocimiento representa un piso mínimo inderogable que luego es complementado con otras leyes nacionales por las que se consagran otros derechos (16), algunas de las cuales tienen como beneficiarios a todos o a un número importante de pacientes (17) mientras que otras regulan los derechos de pacientes con dolencias específicas. (18) Incluso la enumeración

en tres sectores bien diferenciados (el público, el privado y el de las obras sociales o de la seguridad social); según la ley “*la información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente*” (art. 4) la cual en la práctica no se exige para dar el parte médico, a lo cual se agrega que dicha información es procesada en medios informáticos por empleados administrativos del establecimiento que necesariamente conocen los datos relativos a la salud de los pacientes; de acuerdo al art. 14, el paciente es “*titular de la historia clínica*”, sin aclarar de qué derecho o qué facultades le confiere tal titularidad y por su parte, el art. 14 del decreto reglamentario le otorga la titularidad de los datos pero limita la posibilidad del paciente de hacerse de ellos.

(16) Se nos ocurre, por ejemplo, el derecho a la libre elección del profesional, a recibir el servicio médico sin previo pago de honorarios en caso de urgencia, a recibir confortamiento espiritual, a conocer el nombre del médico responsable y de su equipo de auxiliares, a recibir la información necesaria acerca de los requisitos y trámites administrativos para acceder a los servicios ofrecidos en el hospital, a conocer los costos que deberán asumir (especialmente los adicionales que no son cubiertos por las obras sociales), etc.. Pueden encontrarse algunos derechos del paciente no previstos en la ley 26.529 en las nóminas que formulan distintas leyes provinciales y en la que surge de las recomendaciones del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1992.

(17) Por ejemplo la ley 24.240 de defensa del consumidor, las leyes 23.660 y 24.455 de obras sociales, la ley 23.661 que crea el Sistema Nacional del Seguro Social de Salud, las leyes 24.754 y 26.682 de medicina prepaga, la ley 17.565 que dispone la venta de antibióticos con receta en farmacias, la ley 25.649 de promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico o la ley 26.688 que fomenta la producción pública de medicamentos, entre muchas otras vigentes y sólo por nombrar las principales.

(18) Tales como las leyes 23.753 de diabetes, 23.798 de lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, 24.193 de trasplante de órganos, 24.788 de lucha contra el alcoholismo, 24.901 que establece el sistema de prestaciones básicas de rehabilitación de personas con discapacidad, 25.501 que establece la “*Prioridad Sanitaria del Control y Prevención de las Enfermedades Cardiovasculares*”, 25.929 de protección del embarazo y del recién nacido, 26.130 que establece el régimen de intervenciones de contracepción quirúrgica, 26.396 de prevención y control de trastornos

de derechos que tienen como beneficiarios a los pacientes no se agota en la ley 26.529 y en otras leyes nacionales vinculadas con el tema sanitario, sino que varias normas provinciales también les reconocen derechos, incluso inéditos para las de alcance general.

Sin embargo, la mera acumulación desordenada de previsiones no garantiza una protección eficaz, sino que, por el contrario, da lugar a un conflicto no resuelto: el de la superposición legislativa. A los fines de nuestro trabajo, limitaremos el impacto del problema respecto de la ley 26.529, aunque puede hacerse extensivo a toda la legislación de salud y aunque no toda norma vinculada al tema participe, sea en forma íntegra o parcial, del plexo protectorio del paciente.

III. La superposición legislativa

No hay acuerdo doctrinario acerca de si corresponde a la nación o a las provincias el dictado de normas de fondo que involucran la temática de salud.

Quien piensa que es concluyente que la materia no figure en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional dentro de las competencias delegadas por las provincias a la nación, atribuye la potestad a las primeras. De seguirse tal criterio, la ley nacional 26.529 no podría pedir la adhesión de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sólo en cuanto a las sanciones y al beneficio de gratuidad (art. 22, segundo párrafo) (19), dando por sentado que el resto de las previsiones rige en todo el país. (20)

alimentarios, 26.657 de salud mental, 26.689 que promueve el cuidado integral de la salud de las personas con enfermedades poco frecuentes, 26.743 de identidad de género, o 26.934 que crea el plan integral para el abordaje de los consumos problemáticos.

(19) Por el art. 22, segundo párrafo, la ley 26.529 invita "a las Provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso de a la justicia".

(20) Advertimos que no es un argumento que conduzca a concluir en tal sentido que la ley 26.529 disponga su carácter "de orden público" (art. 23), ya que tal calificación debe entenderse vigente dentro de su alcance territorial, que es precisamente lo que está en duda. Es por eso que la ley 26.682, que establece el marco regulatorio de la medicina prepaga, luego de afirmar que "la presente ley es de orden público", aclara que "rige en todo el territorio nacional"

Por otro lado, se sostiene que la ley 26.529 se aplica en todo el país por tratarse de una ley civil y el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional otorga al congreso federal la atribución de dictar, entre otros, el Código Civil y sus leyes complementarias. (21) Mosset Iturraspe —quien con énfasis toma partido a favor de esta postura— agrega un nuevo argumento. Sostiene el autor que la ley 26.529 "es una ley nacional... con alcances que llegan a toda la República. La razón no es otra —además de disponerlo expresamente— que la que se desprende de tratar un tema del Código Civil: el contrato denominado 'locación de servicios', regulado en los artículos 1623 y siguientes del Código Civil. No vemos que del hecho de tratar aspectos de este contrato, en la especie 'contrato de servicios médicos' y de hacerlo 'fuera del código' —y no como artículos incorporados al mismo— pueda seguirse una tacha de inconstitucionalidad, por violar la norma que adjudica temas a la Nación. Dentro o fuera del Código, los temas de Derecho Privado, propios de semejante ordenamiento, corresponden al Congreso de la Nación, se ubican 'dentro' del macrosistema o bien forman parte de un 'microsistema', como es el Derecho Médico". (22)

También podría argumentarse en sustento de esta idea, que la regulación de los derechos personalísimos mediante leyes y sus reglamentaciones,

(art.28). Si su carácter de orden público determinara sin más su alcance general, no tendría sentido la aclaración.

(21) Es la idea de GARAY, Oscar Ernesto, "Apostillas acerca de la ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación Con los Profesionales e Instituciones de la Salud - Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado", Derecho Médico — Bioética, cita web: HYPERLINK "<http://esdocs.org/docs/index-66164.html>" <http://esdocs.org/docs/index-66164.html>. Por su parte, en la 4ta sesión ordinaria de la Cámara de Diputados celebrada el 17-12-2008 en la que se debatió el proyecto que luego daría origen a la ley 26.529, el diputado por Chubut Juan Mario País sostuvo que "el proyecto avanza en legislar en función de la manda del artículo 42 de la Constitución Nacional, que es el derecho a la salud que todos tenemos". Y la diputada por Buenos Aires Marcela Virginia Rodríguez advirtió que "ni siquiera estamos reglamentando el artículo 42 de la Constitución Nacional. Lo que estamos reglamentando son los derechos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos... si esto es así y la reglamentación corresponde a un tratado internacional, entonces es material federal la norma que lo reglamenta".

(22) MOSSET ITURRASPE, Jorge en Derechos del paciente / Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, pp. 150 y 151.

resultan una materia propia del Código Civil. Al respecto, y lanzados a cuestionar el dictado de la ley 4264 de la provincia de Río Negro, llamada "ley de muerte digna", Crovi y Saux argumentan que la forma de extinción de la vida y el ejercicio de los derechos personalísimos deben ser reservados a la legislación nacional. (23) Entonces, si al momento de la entrada en vigencia del Código Civil no se incluyeron en su texto normas relativas al derecho de la salud, no es porque la materia no forma parte de su contenido, sino más bien porque la doctrina de los derechos personalísimos no había hecho su aparición aún en aquel momento histórico y de pensamiento, al menos del modo que hoy la conocemos.

Si bien las formulaciones legislativas no son decisivas para resolver este problema, agregamos que hay normas propias de la materia sanitaria que expresamente disponen el alcance nacional. Es el caso de la ley 23.798 de lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida cuyo art. 3 reza que "las disposiciones de la presente ley serán de aplicación en todo el territorio de la República" y de la ley 24.193 de trasplantes de órganos y materiales anatómicos, según la cual "La ablación de órganos y tejidos para su implantación de cadáveres humanos a seres humanos y entre seres humanos, se rige por las disposiciones de esta ley en todo el territorio de la República" (art. 1) y más adelante invita a las provincias a dictar en sus respectivas jurisdicciones normas similares a las de la ley sólo en cuanto a la creación de un procedimiento judicial especial y en cuanto a la reglamentación que establezca los recaudos para la realización de ablaciones de córneas de los cadáveres depositados en las morgues judiciales (arts. 58 y 60).

La normativa de salud no había sido incluida en la ley 24.967 como una de las categorías específicas integrantes del Digesto Jurídico Argentino por las que se individualizaba cada "rama de la ciencia del Derecho" (art. 7), aunque por descarte debían encuadrarse en la categoría "C" (Civil). Dicha ley fue derogada por la 26.939 (art. 27) que aprobó el Digesto Jurídico Argentino consolidado

al 31 de marzo de 2013 (art. 1) y que se integra por las normas incorporadas al anexo I de la ley a las cuales llamó "Leyes nacionales de carácter general vigentes" (art. 2). Tales leyes se identifican por categorías con las letras correspondientes de acuerdo a la enumeración del art. 7. Podría concluirse entonces que en tanto la ley 26.529 integra la categoría ASA ("Salud Pública") de la ley 26.939, y pasará a denominarse ASA-3133, para el Digesto Jurídico Argentino es una de las "Leyes nacionales de carácter nacional vigentes".

No pretendemos dar una respuesta sino dejar planteado el problema, porque aunque nos pusiéramos de acuerdo en cuanto al alcance territorial, la superposición legislativa genera otras dificultades a las que también pasaremos revista.

La ley 26.529 contradice normativa de fecha anterior sin derogarla (24), y ha dado lugar a conflictos de reglas tales como el que se planteó con la ley 22.909 - que organiza el "Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio" - por la cual las vacunaciones a que se refiere son obligatorias para todos los habitantes del país y se realizará en toda la república

(24) Aunque Arballo avizora que la aprobación del Digesto Jurídico Argentino (ley 26.939) generará un problema que califica como "no menor" y es que "muchos operadores se atenderán a la ficción de que todo el derecho vigente fue sancionado en forma 'simultánea'...La trampa de esto es que se perderá un criterio que gobernó conflictos de leyes, que es el de suponer que la ley posterior derogó la anterior" (ARBALLO, Gustavo, "El Digesto Jurídico Argentino como fenomenal generador de confusión", 12-8-2014, cita web: HYPERLINK "http://www.saberderecho.com/2014_08_01_archive.html" http://www.saberderecho.com/2014_08_01_archive.html). Si bien de un único fallo no puede desprenderse una tendencia jurisprudencial, con fecha reciente, la Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut) ha declarado inadmisibile el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que, debido a que el actor omitió intimar al cumplimiento del contrato conforme al art. 1204 del Código Civil, rechazó la acción por los daños derivados de la resolución contractual. Considera que si bien el recurrente alega que sería aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, por resultar una ley posterior que habría venido a interpretar al Código Civil, el legislador ha sancionado el Digesto de una sola y misma vez, lo que borra toda prelación temporal o preeminencia entre las normas, que ahora componen un todo vigente a un mismo tiempo. Añade que lo dispuesto por el art. 20 de la Ley 26.939 no obsta a que la norma esté vigente y deba ser considerada como la fiel expresión de la intención actualizada del legislador ("Álvarez N. V. c/ Lautaro S.R.L. s/ Daños y perjuicios", 8-7-2014, Id Infojus: NV8658).

(23) SAUX, Edgardo y CROVI, Luis D., "Muerte digna, en pleno debate", Revista Derecho Privado Infojus, Año 1, N° 1, Bioderecho, mayo 2012, AAVV, Gustavo Caramelo — Sebastián Picasso (directores), Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, C.A.B.A. p. 141.

de acuerdo a sus disposiciones (arts. 1 y 11). La ley 22.909 prevé además la vacunación "en forma compulsiva" ante la omisión en que incurran los obligados (art. 18) y la imposición de una multa para quienes incurran en actos u omisiones que impliquen una transgresión a las normas de la ley o de su reglamentación (art. 17). Por su parte, la ley 26.529 dispone el consentimiento informado del paciente con carácter previo a toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, regula el consentimiento por representación en caso de incapacidad o imposibilidad del paciente de prestarlo (art. 6), incorpora una serie de excepciones a la obligatoriedad del consentimiento informado que deben interpretarse "con carácter restrictivo" entre las cuales no se encuentra la aplicación de las vacunas previstas en la ley 22.909 (art. 9). El conflicto llegó incluso hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dio preeminencia a la ley específica, pero anterior en el tiempo. (25)

Otras cuestiones que no venían siendo debatidas y que hoy han quedado sin previsión en el marco legal, abren un interrogante acerca de la respuesta. Encontramos un ejemplo en los tratamientos médicos prescriptos con carácter obligatorio cuya omisión no implica "un grave peligro para la salud pública" (26) (art. 9 inc. "a" ley 26.529) pues en tal

(25) La CSJN sostuvo en fallo unánime que en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección y que la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación, lo cual sería no cumplir con el principio de raigambre constitucional del interés superior del niño. En consecuencia, resolvió garantizar el acceso del niño al derecho a la salud y en consecuencia dispuso que la causa vuelva a la instancia de origen para que ésta intimase a los padres del menor a que en el plazo perentorio de dos días acreditasen en autos el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a la vacunación en forma compulsiva (CSJN, 12/06/2012, "N.N. o U., V", ABELEDO PERROT N°: AP/JUR/940/2012).

(26) Por esa causa, consideramos que la ley 26.529 ha previsto como excepciones al consentimiento informado los tratamientos y exámenes obligatorios en prevención de enfermedades que pueden propagarse y ponen en peligro el bien común. No obstante, y debido al prestigio de los autores, transcribimos la opinión contraria de Aizenberg y Roitman para quienes la ley 26.529 obvió de la excepción al consentimiento informado "situaciones que se viven a diario en los establecimientos sanitarios como las que ocurren con los tratamientos médicos impuestos (vg. vacunación o

caso ingresan en una de las excepciones legales al consentimiento informado.

No se habían planteado controversias en torno a la obligatoriedad del examen médico dispuesto por el art. 142 del Código Civil para obtener la declaración judicial de inhabilitación o incapacidad de una persona. (27) Ahora bien, si a partir de la ley 26.529 se enaltece el principio de autonomía de la voluntad respecto de terapias y procedimientos médicos, y si todo tratamiento sanitario que el médico prescribe queda librado a la aceptación del paciente (arts. 2 inc. "e" y 6) sin que pueda hacerse merecedor de sanción alguna con su negativa, nos encontramos frente a un conflicto de normas. Pero las regulaciones antinómicas fueron dictadas por legisladores competentes y tienen la misma jerarquía. Entonces, si para decidir el intérprete aplica el principio de especialidad en cuanto a la regulación de las dolencias psíquicas debería primar el Código Civil, pero si aplica el de la prioridad temporal, triunfaría la ley 26.529. (28)

Según la ley 26.529, la imposición de sanciones en jurisdicción nacional frente al incumplimiento de las obligaciones que crea, encuentra su marco normativo en la ley 17.132 a la que denomina "Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas" y a la que remite (art. 21), aunque sus soluciones no sean siempre coincidentes. A modo de ejemplo, nótese que la normativa de aplicación local obliga

examen prenupcial)" (AIZENBERG, Marisa y ROITMAN, Adriel J, "HYPERLINK "<http://doctrina2.derechode-lasalud.com.ar/2009/12/los-derechos-de-los-pacientes-y-su.html>" Los Derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional" publicado en el suplemento diario de La Ley del 29 de diciembre de 2009). De todos modos, dejamos para otra ocasión el debate acerca de la efectividad del examen prenupcial para prevenir la transmisión de enfermedades por la vía sexual.

(27) CIFUENTES, Santos; Derechos Personalísimos, 3ra. edición, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 369; RIVERA Julio César, Instituciones de Derecho Civil Parte General, 4ta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, v. II, p. 59.

(28) Quizás la ley 26.657 (Ley Nacional de Salud Mental), posterior a la ley 26.529, hoy sirva de ayuda para destrabar este conflicto puntual ya que si bien no regula la obligatoriedad del examen médico, introduce el art. 152 ter en el Código Civil por el cual el examen necesario para las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberá ser "conformado por evaluaciones interdisciplinarias" (art. 42).

al médico a respetar la voluntad del paciente en su negativa a tratarse o internarse salvo los casos de "inconsciencia" o "alienación mental" (entre otros supuestos) que no impliquen incapacidad, en cuyo caso se requerirá la conformidad del representante (art. 19 inc.3) (29), mientras que para la ley 26.529, "en el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido" (art. 6).

Agregamos que las primeras leyes en el país que confirieron derechos a los pacientes surgieron de las jurisdicciones locales (30) y más allá de las opiniones acerca de la constitucionalidad de su dictado, ninguna ha sido expresamente derogada a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.529, con la pérdida de armonía que implica tal coexistencia.

Por otra parte, nadie discute la potestad provincial de dictar las leyes que regulan el ejercicio de profesiones liberales, entre otras especialidades, de la medicina y de los auxiliares, ni que la ley 26.529 no integra esta especie desde su título, a pesar de que su contenido podría llevar a pensar lo contrario. (31) Pero lo relevante es que muchas

(29) El art. 19 inc. 3 de la ley 17.132 "no sienta una regla clara y su técnica es defectuosa. La terminología es ambigua y desactualizada. Esta falencia normativa favorece la intervención indiscriminada: desampara al paciente y también al profesional, a quien se le puede fácilmente cuestionar la legitimidad de su obrar. Concede demasiado poder al psiquiatra y al juez." (KRAUT, Alfredo J., "El derecho a rechazar un tratamiento", JA 1997-II-898, Lexis N° 0003/001056 ó 0003/001070).

(30) Véase ley 3076 de Río Negro (1997), ley 1255 de Formosa (1997), ley 6952 de Tucumán (1999), ley 2611 de Neuquén (2008). También fueron previstos derechos de los pacientes en el art. 4 de la Ley Básica de Salud (nro. 153) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1999) y en el art. 6 de la ley 8835 (Carta del Ciudadano) de Córdoba (2000). El decreto bonaerense 135/03 del 30 de diciembre de 2003 aprueba la "nueva Reglamentación de la ley 11.072 de Descentralización Hospitalaria" que forma parte del decreto como Anexo I, en cuyo art. 4 apartado I incluye doce incisos sobre "derechos del paciente".

(31) La ley 26.529 "se trata de una ley de fondo y por tanto su ámbito de aplicación territorial se extiende a toda la Nación", aunque "ello no parece obstar sin más la existencia de una competencia concurrente con las jurisdicciones locales (provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires),

de tales normas provinciales (32) contemplan soluciones incompatibles o contradictorias con la ley 26.529, sean anteriores o posteriores.

En opinión de Mosset Iturraspe, la ley nacional 26.529 deroga a la local 17.132, en todo aquello en que la contradiga o disponga de manera diferente; en lo demás, la norma local continuará rigiendo en su ámbito limitado, mucho más a partir de la organización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con su propia regulación en materia de sanidad. Agrega que "*la mayoría de las provincias han regulado el ejercicio de la profesión de médico y auxiliares y de allí que las sanciones dispuestas en tales normativas, para las diferentes faltas, sean de aplicación. En los demás de las regulaciones locales habrá que estar a la ley 26.529, en la medida que existan superposiciones o dobles regulaciones o contradicciones.*" (33)

Algunas provincias se adhirieron enteramente a la ley 26.529, a pesar de que sólo reclama de las provincias la adhesión al régimen de sanciones y al beneficio de gratuidad. Dentro de este grupo se encuentran las que agregaron disposiciones propias respecto de tales temas (ley 3288 de Santa Cruz), las que no lo hicieron (ley 5971 de Corrientes, ley 5325 de Catamarca) y las que introducen alguna nueva disposición (ley I-436 de Chubut, que expresamente en su art. 1 adhiere a la ley 26.529 "en todos sus términos" agrega en su art. 2 que el paciente "tiene el derecho a que le faciliten los certificados que acrediten su estado de salud y las recomendaciones terapéuticas

por ejemplo, en todo lo referente a la regulación de las profesiones vinculadas con la salud" (HOOFT, Pedro Federico y HOOFT, Irene, "Directivas anticipadas" o "Testamentos de salud": hacia una mayor protección de la dignidad humana y la autonomía personal", Revista de derecho privado y comunitario 2010-3: derechos del paciente, AAVV, Héctor Eduardo Alegría — Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, p. 243).

(32) Por ejemplo, la ley 2079 (B.O. 9-1-2004) de La Pampa (Normas sobre el ejercicio de las actividades de la salud) exige la autorización judicial para "realizar intervenciones que modifiquen el sexo de las personas", recaudo que no surge ni de la ley 26.529, ni de la específica ley 26.743 de Identidad de Género (art. 11). Asimismo, la ley 7746 (B.O. 15-11-2006) de San Juan (Consentimiento informado de pacientes) enumera soluciones distintas de las previstas por la ley 26.529 en cuanto al consentimiento informado por representación (art. 7 inc. "a").

(33) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit. en nota 23, p. 151.

indicadas, incluido los días de reposo que debe cumplir"). Por su parte, la ley 5645 de Jujuy utiliza una fórmula ambigua al decir que adhiere a la ley 26.529 "de acuerdo a lo expresado en el artículo 22 de la mencionada norma legal". Y por fin, en lo que parece a nuestro juicio el criterio correcto, la provincia de Buenos Aires dispuso la adhesión a la ley 26.529 sólo "en materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia".

Por último, decretos del poder ejecutivo nacional, provincial y municipal, resoluciones ministeriales, ordenanzas de los concejos deliberantes, decisiones de algunos entes descentralizados del Estado vinculados con la prestación de servicios sanitarios, normas éticas de la profesión médica (34) y declaraciones emanadas de organismos internacionales también son fuentes de derechos del paciente. (35)

IV. Los derechos de los médicos

Aún conscientes de la diferencia entre obligación y deber jurídico y de las dificultades para acordar el criterio que los distingue (36), hemos

(34) Tales como el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina (aprobado en 1955 y actualizado periódicamente), la Declaración de Principios Éticos de Médicos del Mercosur (1995) y el Código de Ética para el Equipo de Salud de la Asociación Médica Argentina (2001). Si bien la cuestión no es relevante para nuestro trabajo, no podemos dejar de mencionar la polémica doctrinaria que se ha planteado en torno al rol que cabe asignar al incumplimiento de las normas de deontología profesional para juzgar la existencia de responsabilidad civil. Las posiciones fluctúan entre quienes opinan que su violación sólo tendrá importancia por integrar el elenco de conductas antijurídicas en la medida en que se hayan incorporado a la norma jurídica, y entre quienes piensan que gravitan cuando se trata de juzgar la existencia de culpabilidad en la actuación del profesional.

(35) De la XXXIV Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, celebrada en 1981, surgió la Declaración de Lisboa sobre los Derechos de los Pacientes (actualizada en 1995 en Bali y revisada en Santiago de Chile en 2005).

(36) De acuerdo a una difundida doctrina, "la obligación es un deber específico, calificado, en virtud del cual el cumplimiento de la obligación no es un acto libre, de concesión o de gracia por parte del deudor". Por otro lado, se dice que tal concepto parece incompleto, porque si bien el lado pasivo de la obligación (la deuda) supone un deber jurídico, la parte activa de la obligación (el crédito) "representa algo más complejo que un mero deber jurídico" (MAYO, Jorge A., comentario al art. 495 en Código Civil y leyes complementa-

preferido a lo largo del trabajo no adentrarnos en tales particularidades técnicas ajenas a nuestro objetivo y centrarnos específicamente en los derechos subjetivos de los pacientes y los médicos. Para ello asumimos que todo derecho supone un deber, y que hablar de derechos del paciente supone hablar de deberes de los médicos ante los pacientes, y viceversa.

Es así que frente al médico que ejerce su posición de dominio, parece elemental la protección jurídica del paciente que sufre el panorama desconocido e incierto que le presenta su dolencia. Pero aunque aceptemos que el paciente, sólo por serlo, se convierte en la parte débil del vínculo, necesitado de la protección y tutela que el derecho debe brindarle, eso no implica que el médico no tenga derechos en el marco de la relación.

La insuficiencia de recursos que no condice con la exigencia de resultados favorables, la presión económica que los lleva a trabajar en jornadas mayores a la de cualquier trabajador y la tensión psicológica propia del ámbito sanitario en el que soportan angustia, frustración, y el contacto con otros seres semejantes sin preparación previa siquiera para encontrar un equilibrio entre el trato indiferente o peligrosamente afectuoso, son factores que convierten a los médicos en tan vulnerables como los pacientes. Se ha advertido que *"es innegable que la situación del enfermo es difícil, especialmente en el momento de tomar ciertas decisiones, y la posición del profesional, compleja. Angustiante para ambos y plena de incertidumbre. Por un lado, debido a los valores comprometidos en la decisión médica, y por otro a causa de los crecientes temores a las exigencias legales por la evolución hacia una responsabilidad profesional verdadera o real y los crecientes juicios por mala práctica que han enrarecido el vínculo profesional-paciente, creando por momentos un clima de hostilidad."* (37)

Dictada la ley 26.529 hubo quien sostuvo que *"establece una nueva regulación legal de los derechos y obligaciones que tienen los profesio-*

rias — Comentado, anotado y concordado, AAVV, Augusto C. Belluscio (director) y Eduardo A. Zannoni (coordinador), Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 498).

(37) KRAUT, Alfredo J., "Ausencia de consentimiento médico: La decisión por otro", JA 1997-I-745, Lexis N° 0003/001144 ó 0003/001154.

nales o establecimientos de salud respecto de los pacientes". (38) En una opinión distinta se dijo que la ley regula "sobre los derechos el paciente, pero no encontramos siquiera referencia a sus obligaciones". (39) Y en esta senda, al momento de pretender encontrar las razones por las que —en su criterio— no existe una norma sobre los deberes del paciente, afirma Díaz que la jerarquía constitucional que se dio en el año 1994 a diversos tratados internacionales sobre derechos humanos y las modificaciones propuestas por la reforma de ese año "trajeron consigo una proliferación legislativa que sigue evolucionando hoy día en torno al reconocimiento de derechos sociales". Agrega que si bien todos los actores del espacio de salud se ven afectados por la vulnerabilidad vital de los contextos sanitarios, "el alto nivel de conflictividad existente y la violencia urbana visibilizada dentro del hospital tiende a ser desactivada con derechos sobre la parte más débil de la relación jurídica", es decir el paciente. Y concluye con la idea según la cual "este enfoque de derechos humanos debería ser para todos los afectados en el contexto sanitario: pacientes y agentes de servicios de salud, por lo que un catálogo de obligaciones también debería ser objeto de reconocimiento legislativo". (40)

En realidad algo se dice —muy poco— de los derechos de los médicos en el texto de la ley y en su reglamentación. (41) Dentro de los que pueden

(38) RAMOS, Santiago José, "Ley 26.529: Derechos del paciente en relación a los profesionales e instituciones médicas", 15 de diciembre de 2009, www.saij.jus.gov.ar. 15/12/2009, Id Infojus: DACF090096

(39) SANCHEZ, Diego C., "Los derechos y deberes de médicos y pacientes desde la vigencia de la ley 26.529", *Prudentia Iuris*, 70, 165-186, año 2011, cita web: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derechos-deberes-medicos-pacientes-26529.pdf>

(40) DÍAZ, Ana Inés, "Pacientes: ¿sólo derechos?", AAVV, *Estudios sobre derechos de la salud*, Editorial Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires (en edición).

(41) Advertía Mayo que "es evidente que la ley que anotamos apunta básicamente a los derechos del paciente y a los deberes del médico, por lo que los derechos del médico en la relación hay que inferirlos casi sigilosamente, no vaya a ser que la demagogia se inquiete" (MAYO, Jorge A., "Derechos y deberes del médico en la ley 26.529", *Revista de derecho privado y comunitario* 2010-3: derechos del paciente, AAVV, Héctor Eduardo Alegría — Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, p.46).

ser ejercidos sin condicionamientos, aparecen el de no requerir el consentimiento informado en caso de grave peligro para la salud pública o para la salud o vida del paciente cuando éste no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales (art. 9), y el de requerir el consentimiento por representación cuando, a su criterio, el paciente no sea capaz de tomar decisiones (art. 5 del decreto reglamentario 1089/2012). (42)

En cuanto a los que para su ejercicio dependen de un requisito habilitante encontramos los de eximirse del deber de asistencia, "cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente" (art. 2 inc. "a"), prestar el consentimiento con carácter previo a la exposición con fines académicos "junto con el paciente o sus representantes legales" (art. 8) y el de acceder a la historia clínica y solicitarla en forma extrajudicial o judicial, cuando el médico cuente con expresa autorización del paciente o de su representante legal, salvo que sea responsable del tratamiento del titular de la misma, en cuyo caso no requiere autorización (arts. 19 inc. "c", 20 y 12 y 19 inc. "c" del decreto reglamentario 1089/2012).

Ese escueto elenco de facultades —algunas de ellas de nula aplicación práctica— no ha sido suficiente para acallar el reclamo de los profesionales de la salud en orden a ver sus derechos plasmados en un cuerpo normativo de jerarquía similar a la ley 26.529. Se abre entonces el interrogante acerca de cuáles son los derechos que los médicos reclaman que formen parte de una ley específica y cuál es el estado actual de su protección jurídica, ya que algunos son amparados por las normas generales, otros son objeto de previsiones legislativas aplicables a supuestos específicos y se vieron soslayados en la ley 26.529 a pesar de que no se discutía su posibilidad de aplicación extensiva, y los restantes no han merecido siquiera una uniforme aceptación doctrinaria.

a) La previsión del art. 1198 del Código Civil (texto según ley 17.711) que introduce la buena fe como directiva para la celebración, interpretación y ejecución de los vínculos contractuales (y que luego se extendiera doctrinariamente a

(42) Cabe agregar que este supuesto de consentimiento por representación no guarda vínculo con ninguno de los previstos en la ley que se reglamenta (ver art. 6).

todos los actos jurídicos), obliga tanto a médicos como pacientes a comportarse con lealtad. Por esta razón, el médico que elige y propone el tratamiento entre varias opciones (discrecionalidad terapéutica) tiene el derecho de exigir del paciente el cumplimiento del correlativo deber de colaboración que se traduce en brindar la información veraz en la entrevista personal o con posterioridad, en cuanto a antecedentes de importancia que no puedan extraerse del examen físico, de los estudios complementarios corrientes o de los informes de otros médicos que hayan tratado al paciente por la misma dolencia (43) y que sean de utilidad para lograr el diagnóstico (pensamos por ejemplo en antecedentes alérgicos o infecciosos que aumenten los riesgos de una intervención quirúrgica).

También el médico puede exigir al paciente que no abandone o incumpla el tratamiento en cuanto a las prescripciones esenciales (por ejemplo no tomar un medicamento indispensable o no respetar el reposo post quirúrgico) o bien que advierta en forma temporánea los inconvenientes o contraindicaciones para dejar de lado su continuidad.

Las inobservancias al deber de colaboración permitirán al médico exonerarse de responsabilidad por los daños que sufra el paciente en los términos del art. 1111 del Código Civil según el cual *"el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna"*. El incumplimiento del deber de colaboración del paciente implica interrumpir el nexo causal entre el hecho

(43) Incluso el médico debe obrar en la creencia y con la confianza en cuanto a que la historia clínica refleja lo efectivamente actuado con anterioridad. En su comentario al fallo de la Suprema Corte bonaerense por el cual se rechazó la demanda resarcitoria contra una médica que fundó su accionar en datos falsos que otros profesionales habían ingresado en la historia clínica ("B., M.N. c/Municipalidad de Malvinas Argentinas y otros s/daños y perjuicios", 12-3-2014, La Ley Online AR/JUR/7934/2014), afirma López Miró que "para seguir actuando en beneficio de la salud del paciente, es menester que cada galeno crea que los datos de la historia clínica son ciertos y que exista confianza en que los registros de la historia clínica reflejan con veracidad lo efectivamente obrado antes o durante la internación del enfermo" (LÓPEZ MIRÓ, Horacio G., "El principio de confianza o la legítima expectativa en el derecho médico" (nota a fallo), LLBA, año 21, nro. 5, junio 2014, p. 530).

y las consecuencias dañosas, tal como fue objeto de recepción jurisprudencial. (44)

b) El derecho al cobro de honorarios profesionales por la labor médica encuentra sustento legal en la directiva del art. 1627 (45) del Código Civil, mientras que los dos años del plazo de la prescripción liberatoria de la acción para exigir su cobro compulsivo surge del art. 4032 inc. 4° (46) del mismo cuerpo legal. Por su parte, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina fija pautas directrices para la fijación del honorario médico (arts. 84 a 92), útiles para el caso de regulación judicial ante la falta de acuerdo.

c) El art. 5 inc. "d" de la ley 26.529 obliga al médico a brindar una información clara, precisa y adecuada, entre otros ítems, con respecto a "los riesgos", a secas, del procedimiento propuesto. La falta de distinción legal acerca de cuáles son los riesgos que se deben comunicar al paciente, fuerza a concluir que no resulta lícito que el médico le

(44) No corresponde responsabilizar al cirujano interviniente pues, además de que la dermolipsectomía abdominal practicada fue una indicación adecuada a la patología que portaba la paciente, ésta desatendió el consejo de dejar de fumar con lo cual se interrumpió la relación de causalidad entre el evento y el daño, toda vez que el tabaco fue el factor desencadenante de las complicaciones posteriores (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, 21/11/2008, "T., S. A. v. S. A., E. y otros", ABELEDO PERROT N°: 70051632).

(45) Art. 1627 Código Civil: El que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros. Las partes podrán ajustar libremente el precio de los servicios, sin que dicha facultad pueda ser cercenada por leyes locales. Cuando el precio por los servicios prestados deba ser establecido judicialmente sobre la base de la aplicación de normas locales, su determinación deberá adecuarse a la labor cumplida por el prestador del servicio, los jueces deberán reducir equitativamente ese precio, por debajo del valor que resultare de la aplicación estricta de los mínimos arancelarios locales, si esta última condujere a una evidente e injustificada desproporción entre la retribución resultante y la importancia de la labor cumplida (último párrafo incorporado por art. 3° de la HYPERLINK "<http://infoleg.mecon.gov.ar/scripts1/busquedas/cnsnorma.asp?tipo=Ley&nro=24432>" Ley N° 24.432 B.O. 10/1/1995).

(46) Art. 4032 Código Civil: Se prescribe por dos años la obligación de pagar:...4° A los médicos y cirujanos, boticarios y demás que ejercen la profesión de curar, sus visitas, operaciones y medicamentos. El tiempo corre desde los actos que crearon la deuda.

oculte algunos con una finalidad piadosa. (47) Esta facultad del médico de brindar un diagnóstico sesgado si considera que el conocimiento exacto por parte del paciente reduce su chance de mejoría, llamada "privilegio terapéutico", quedaba librada al arbitrio del médico concededor de su paciente (generalmente de edad avanzada, con antecedentes de depresión, ansiedad, o que ha sufrido la pérdida de un ser querido por causa de la misma dolencia). Sin embargo, aunque la comunidad médica reclama la protección nacional de esta prerrogativa (48), el silencio de la ley 26.529 al respecto puede no haber obedecido a un olvido sino a una toma de posición, pues la doctrina ya había advertido (49) la complejidad del problema.

(47) Dejamos a salvo la opinión de Crovi, para quien si bien "la ley 26.529 obliga al médico a informar los riesgos sin clasificarlos", "se deja a criterio del profesional y la prudencia de los jueces establecer cuándo habrá información adecuada y cuándo podría caerse en un exceso innecesario de información" (CROVI, Luis Daniel, "El deber de informar al paciente, origen, contenido y régimen legal", Revista de derecho privado y comunitario 2010-3: derechos del paciente, AAVV, Héctor Eduardo Alegría — Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, p. 117).

(48) El decreto bonaerense 135/03 del 30 de diciembre de 2003 aprueba la "nueva Reglamentación de la ley 11.072 de Descentralización Hospitalaria" que integra el decreto como Anexo I, en cuyo art. 4 ap. I afirma que "cuando médicamente no sea aconsejable comunicar esos datos (la información relacionada con el diagnóstico) al paciente, habrá de suministrarse dicha información a una persona que lo represente" (incisos "e") y que el paciente tiene derecho a "obtener de su médico toda la información necesaria para que dé el consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, que ha de incluir al menos los riesgos significativos asociados..." (inciso "f"). En similar sentido se previene en el art. 2, incs. "g" y "h" de la ley 1255 de Formosa (Derechos del Paciente) y en el art. 2 incs. "g" y "h" de la ley 3076 de Río Negro (Derechos del Paciente).

(49) Al respecto, expone Rabinovich - Berkman que "revelar al paciente su diagnóstico terminal puede arruinarle lo que le queda de vida. Tal vez afecte gravemente su corazón o sus nervios, acercándole la muerte. Pero por otro lado, ¿con qué derecho mentirle? El humano, al auto-construirse, elabora proyectos para su futuro. Al proyectar prioriza metas que requieren conductas, que antepone a otras posibles... ¿No es enorme el daño que se le hace al enfermo terminal ocultándole el diagnóstico? Se lo priva de la posibilidad de re proyectarse sobre la base de su nuevo límite de tiempo. Hay otro argumento, muy diverso. Muchos enfermos graves luchan contra su enfermedad y se curan u obtienen insólitas prórrogas. Recurren a la medicina o a

Las mismas dudas surgen respecto del "hallazgo médico" (también llamado "consentimiento implícito") por el cual debe considerarse implícitamente incorporada al consentimiento informado cualquier extensión del tratamiento que sea aconsejable a criterio del médico y que deba practicarse en forma inesperada. La relevancia de admitir este supuesto como excepción al consentimiento informado —por ende como derecho del médico— claramente se encuentra ante una complicación quirúrgica que no implique una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente, en cuyo caso implicará la excepción prevista por el art. 9 inc. "b" de la ley 26.529.

Antes de la aparición de esta ley, Vazquez Ferrera (50) ubicaba al *privilegio terapéutico*, con base en jurisprudencia extranjera, como uno de los seis supuestos en los cuales el médico quedaba eximido de requerir el consentimiento informado; luego aconsejaba que "de recurrir el profesional al privilegio terapéutico, es aconsejable que se deje constancia fundada de ello en la historia

la fe. Pero, ¿se puede combatir contra algo cuya existencia se desconoce? Si se le esconde al enfermo la verdad, para endulzar su final, se lo priva de la posibilidad de combatir." (RABINOVICH — BERKMAN, Ricardo D., Derecho civil, 2da. ed. Buenos Aires, Astrea, 2011, pp. 163/16). A pesar de tomar partido por la subsistencia del privilegio terapéutico luego del dictado de la ley 26.529 aunque "según las circunstancias del caso", Mayo expone sus dudas al decir "no se olvide de que la ilusión es un componente esencial para la existencia humana, que ni la ley, en toda su brutalidad, puede quitarle (aunque a veces...)" (MAYO, Jorge A., op. cit. en nota 41, pp. 40 y 41). Por su parte Pfeiffer opina que "las excusas iniciales que abren camino a la mala fe y a la mentira en el ámbito de la medicina las conocemos muy bien: 'el bien del paciente', en este caso se argumenta que conocer la verdad puede perjudicarlo...puesto que decir la verdad violaría la obligación del médico de hacer el bien; otra excusa es que 'el médico no puede saber toda la verdad acerca de enfermedades de por sí complejas', por consiguiente puede ocultar su ignorancia tras la mentira para que el paciente siga creyendo en su competencia, y la tercera que 'el paciente en realidad no quiere saber la verdad' y esto es así incluso aunque manifieste lo contrario. Esas disculpas iniciales van conformando un sistema de relación con el enfermo en el que el médico termina por prescindir del mismo" (PFEIFFER, María L., "Veracidad y consentimiento informado en la práctica médica", JA 2000-IV-1095, Lexis N°0003/007846 ó 0003/007948).

(50) VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "El consentimiento informado en la práctica médica", JA 2001-III-1085, Lexis N° 0003/008379.

clínica del paciente y se brinde la información del caso a los familiares". Párrafos más adelante, ya respecto del *hallazgo médico*, y sin considerarlo una excepción al consentimiento informado, advertía que *"la solución es extremadamente casuística. En su búsqueda habrá que tener especialmente en cuenta el criterio de beneficencia según el cual el médico debe hacer todo lo que esté a su alcance para sanar al paciente, sumado al respecto por la autonomía de éste y a la urgencia de la nueva intervención"*. Las mismas dudas del autor pudieron haber sido las que hicieron decidir al legislador por el silencio.

d) Es sabido que el secreto profesional es uno de los principales deberes de los médicos que se destaca incluso en el juramento de Hipócrates y que resulta la contrapartida de los derechos a la intimidad y a la confidencialidad de los que gozan las personas en general y los pacientes en especial a partir del art. 2 inc. "c" y "d" de la ley 26.529. Sin embargo, y más allá de que se han legislado (51) o se han admitido doctrinariamente (52) algunas excepciones al cumplimiento de este deber, los códigos de procedimiento penales (de origen local) contrastan el principio general de guardar el secreto profesional e imponen al médico la obligación de denunciar los delitos que conozcan en el ejercicio de su profesión bajo apercibimiento, si no lo hicieron, de imputarles el delito de encubrimiento. Tales son las dudas acerca de la preeminencia de una directiva sobre

la otra que los tribunales (53) han ido mutando su criterio respecto del reproche penal tanto al médico que no denunció un delito del que tuvo noticia por evidencias corporales de su paciente, como a la persona imputada a partir de la denuncia del médico.

e) Se dice que *"el derecho de todos los profesionales es, precisamente, actuar conforme a la ciencia (desde la razonabilidad) y a sus sentimientos (ética); y en los casos en que algunas de estas cualidades se vean impedidas o sean desfavorables, el profesional puede negarse a actuar mediante la aplicación de la doctrina de la objeción de conciencia (art. 19 CN., que es también un derecho personalísimo, en este caso, del profesional)"* (54). Si bien se reconoce su ori-

(53) Hasta 1966 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Capital Federal sostenía que los médicos de hospitales públicos estaban obligados a denunciar los hechos delictuosos que conocían en su actividad. El mismo tribunal plasmó la doctrina contraria en el plenario "Natividad Frías" del 26-8-1966 (LL 123-842) por el que se estableció que debía abstenerse el profesional del arte de curar, de formular la denuncia que involucre a una mujer que causó su propio aborto o fue consentido por ella, aunque sí correspondía hacerlo respecto de coautores, instigadores o cómplices. Por su parte, en la causa "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", del 12-8-1997 (Fallos: 320:1717, LL 1999-B-166, ABELEDO PERRON N°: 981738), la Corte Suprema de Justicia de la Nación había establecido que el riesgo que asume quien delinque y decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye la posibilidad de que la autoridad pública tome conocimiento del delito. Con posterioridad, el tribunal decidió cambiar la postura del precedente, y en la causa "Baldivieso, César Alejandro", del 20-4-2010 (La Ley On Line AR/JUR/7491/2010), según dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo que la regla es el secreto profesional y la excepción el deber de revelarlo por justa causa (en casos de peligro para la vida o la integridad física de terceros) en atención a la primacía del derecho material (art. 156 del Código Penal) sobre el derecho formal (art. 177 del Código Procesal Penal de la Nación). En consecuencia, declaró la nulidad del procedimiento iniciado a partir de la denuncia del personal policial que concurrió a un hospital tras tomar conocimiento de que en el cuerpo de un paciente se había hallado clorhidrato de cocaína y procedió a absolver al imputado del delito de transporte de estupefacientes.

(54) GHERSI, Carlos A., "El Derecho Médico y la Corte Suprema de Justicia. Las 'decisiones' como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El objetor de conciencia", comentario a fallo, JA 2006-I-801 — SJA 15/2/2006, Lexis N° 0003/012345 ó 0003/012441 ó 0003/012438.

(51) Ver art. 2 de la ley 11.843 de Profilaxis de la peste, art. 9 de la ley 12.331 de Profilaxis de las enfermedades venéreas, art. 4 de la ley 15.465 de Notificación de los casos de enfermedades infecciosas, art. 10 de la ley 23.798 de Lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida y art. 2 de la ley 24.417 de Protección contra la violencia familiar.

(52) Por ejemplo cuando el médico es el demandado por el paciente, su representante o sus herederos, o cuando el propio paciente o el juez relevan al médico del secreto profesional, o cuando el médico llega a conocer la intención de su paciente de cometer suicidio, aunque hay dudas en la extensión del aviso de un médico psiquiatra cuando llega a conocer la intención de su paciente de matar a otra persona. Una completa enumeración de "causas justas" para revelar lo que el médico ha conocido en su ejercicio profesional puede leerse en MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Deberes emergentes de la relación médico — paciente", Revista de derecho privado y comunitario 2010-3: derechos del paciente, AAVV, Héctor Eduardo Alegría — Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, p. 29.

gen en el art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (55) y en el art. 19.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (56), la ley 26.529 tampoco se detiene a legislar acerca de la *objeción de conciencia*, que había sido prevista expresamente en la ley 26.130 (art. 6) (57) y en algunas leyes provinciales (58); e incluso nada dice acerca de la posibilidad del médico de rechazar por este motivo (o por cualquier otro) una directiva anticipada y derivar al paciente a otro profesional.

f) De acuerdo al art. 10 de la ley 26.529 (texto según ley 26.742) el paciente tiene derecho a revocar su decisión en cuanto a "*consentir o rechazar los tratamientos indicados*". La norma agrega que el profesional "*debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica.*"

Sin embargo, no se indica hasta cuándo puede el paciente hacer valer esa facultad sin que pueda responsabilizarse al médico por los daños a la salud que provoque la revocación. Sabemos que

(55) "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión..."

(56) "Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones".

(57) Art. 6 ley 26.130 ("Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica") — Objeción de conciencia. Toda persona, ya sea médico/a o personal auxiliar del sistema de salud, tiene derecho a ejercer su objeción de conciencia sin consecuencia laboral alguna con respecto a las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1º de la presente ley. La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata).

(58) Véase el art. 12 de la ley rionegrina 4264 ("Calidad de vida y dignidad de los enfermos terminales") en cuanto al retiro del soporte vital y el art. 20 inc. "a" de la ley pampeana 2079 ("Normas sobre el ejercicio de las actividades de la salud") en cuanto a intervenciones quirúrgicas esterilizantes. La provincia de San Luis cuenta incluso con la ley I-0650 de Objeción de conciencia según la cual el Estado Provincial garantiza a todos los habitantes de la provincia "el derecho fundamental a no actuar en contra de la propia conciencia personal, bajo las condiciones que establece la presente Ley y siempre que no afecte con ello a terceros" (art. 1).

no podrá identificarse un momento preciso para limitar temporalmente la revocación del consentimiento o del rechazo por parte del paciente en la generalidad de tratamientos médicos, pero al menos podría legislarse en tal sentido para casos puntuales.

En cuanto a la revocación del consentimiento, pensamos por ejemplo en supuestos en los que el tratamiento implica una técnica que se integra de dos etapas y el paciente ejerce la facultad en la segunda de ellas, pese a las advertencias del médico conector de los daños seguros que implica el abandono. De este modo resuelve la ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico — asistenciales de reproducción médicamente asistida" al disponer que "*el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.*"

Sin embargo, como corolario de la "*bienvenida*" que le da a la posibilidad, Mosset Iturraspe (59) no cree que la revocación del paciente al consentimiento "*pueda dar pie a situaciones infundadas, caprichosas, hijas de malos consejos o de decisiones ocasionales o de momento; que respondan más a los sentimientos que a la razón.*" Y al momento de comentar el originario art. 10 de la ley 26.529, calificaba de "exceso de precaución" la porción del artículo que antes de la reforma por la ley 26.742 facultaba al médico a no acatar la revocación del rechazo a un tratamiento médico cuando no se mantenían las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento.

g) Por último, además de las previsiones del Código Civil, también algunas provincias elaboraron catálogos de derechos de los médicos. (60)

(59) MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit. en nota 23, pp. 70, 79 y 80.

(60) En el art. 4 inc. II del Anexo I que integra el decreto bonaerense 135/03 del 30 de diciembre de 2003 por el que se aprueba la "nueva Reglamentación de la ley 11.072 de Descentralización Hospitalaria" se incluyen seis "obligaciones de los pacientes y de sus familiares, en su caso"; la ley 2079 de La Pampa ("Normas sobre el ejercicio de las actividades de la salud") incluye un artículo dedicado a los "derechos generales" de los que ejercen la actividad médica (art. 7) y otro dedicado a los "derechos específicos" (art. 20); la ley 153/99 (Ley básica de salud de la ciudad de Buenos Aires) brinda una serie de obligaciones en relación con el sistema de salud y con los servicios de atención, dos de las cuales se vinculan directamente con derechos de los médicos

V. Palabras finales y conclusiones provisionales

A falta de una ley especial referida a sus derechos en el proceso asistencial (61), y sin contar las declaraciones internacionales (62), está a la vista que el ordenamiento jurídico confiere a los médicos algunas prerrogativas de modo difuso, no centralizadas. Pero a lo largo del trabajo quedó claro que una copiosa y desordenada regulación protectoria no es un indicador necesario de un amparo eficaz.

Sin embargo, el fracaso no sólo se debe a las dudas acerca de cuáles normas son aplicables sino también al desconocimiento de su contenido. Porque aún a falta de orden, es el conocimiento de

(art. 6); por ley 6530 (Responsabilidad civil de los médicos derivada del ejercicio profesional), la provincia de Santiago del Estero creó el Fondo de Resguardo Profesional, solidario y obligatorio, destinado a cubrir la responsabilidad civil de los médicos, que se genere y derive del ejercicio de su profesión dentro del ámbito de la provincia (art. 1); y por su parte, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina contiene una enumeración de "Derechos de los médicos" (arts. 200 a 212).

(61) La ley 22.127 (que rige en todos los establecimientos asistenciales y sanitarios dependientes de la autoridad Sanitaria Nacional) establece que las residencias médicas, que "constituyen uno de los requisitos esenciales para que cualquier profesional médico que aspira a obtener un título habilitante de especialista en una rama determinada de la medicina" (RAMOS, Santiago José, "Régimen de los médicos residentes", www.saij.jus.gov.ar. 5/2009, Id Infojus: DACF090023), serán cumplidas mediante beca anual que deberá ser abonada por la institución donde se lleva a cabo la residencia, bajo un régimen de actividad a tiempo completo y con dedicación exclusiva, pero su regulación específica no se detiene en el vínculo entre el residente y el paciente.

(62) Declaración sobre la libertad de participar en reuniones médicas, adoptada por la 36ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Singapur, octubre de 1984; Declaración sobre los derechos humanos y la libertad individual de los médicos, adoptada por la 37ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Bruselas, Bélgica, octubre de 1985; Declaración sobre la independencia y libertad profesional del médico, adoptada por la 38ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Rancho Mirage, California, EE.UU., octubre de 1986; Declaración sobre la autonomía y autorregulación profesional, adoptada por la 39ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Madrid, España, octubre de 1987; Propuesta para un relator de las naciones unidas sobre la independencia e integridad de los profesionales de la salud, adoptada por la 49ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Hamburgo, Alemania, noviembre de 1997.

los derechos el que redundará en la adopción de mayores precauciones, con la consecuente mejora en el servicio sanitario.

A pesar de que se haya aceptado que, en la generalidad de los casos, el vínculo implica un acto jurídico bilateral (art. 946 Código Civil) de tipo contractual en el que las partes se obligan recíprocamente la una hacia la otra (art. 1138 Código Civil) con la consecuente aparición de los derechos correlativos, es cierto que la doctrina especializada se ha ocupado más de hablar de los derechos del paciente en contraposición con la escasa literatura dedicada a los derechos de los médicos.

Sin embargo, esto no debe llevar a pensar que las leyes que protegen los derechos de los pacientes han sido debidamente publicitadas o que su difusión ha sido exitosa. (63) Es llamativo ver, por ejemplo, que las crónicas periodísticas refieran a la ley 26.742 como "Ley de muerte digna" sin reparar en que su contenido excede el tema de la decisión sobre el retiro del soporte vital y en que se trata sólo de una reforma de la relegada ley 26.529. Aunque el problema real no es el desconocimiento de esta ley por parte de la prensa, sino que tampoco reparan en su existencia los jueces (64), los prestadores del servicio de salud e incluso los mismos pacientes beneficiarios.

(63) Por el art. 2 de la ley 6952 de Tucumán, los derechos de los pacientes "deberán ser difundidos en forma masiva y exhibidos en forma obligatoria y en lugar visible en todo centro asistencial, hospital, clínicas, consultorios o lugar donde se brinde atención relacionada con la medicina o actividades auxiliares de la misma, públicos o privados de todo el territorio de la Provincia". Y por el art. 3 de la ley 5325 de Catamarca, "en todas las instituciones de Salud, Públicas y/o Privadas, deberá exhibirse en un lugar perfectamente visible, un letrero con el siguiente texto: LEY N° 26.529 DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD - a disposición en la oficina de admisión para su consulta."

(64) La investigación llevada a cabo por el ya referido Observatorio de Derecho de la Salud creado en el ámbito del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur, da cuenta que en el período que corre desde el 1 de enero de 2011 al 31 de marzo de 2014, la ley 26.529 no ha sido siquiera mencionada una vez en algún expediente que haya tramitado en los juzgados del Departamento Judicial Bahía Blanca (integrado por diez Juzgados Civiles y Comerciales, un Juzgado Contencioso Administrativo, siete Juzgados de Paz, tres Juzgados de Familia y dos Tribunales de Trabajo), a pesar de que en ese tiempo se hayan ventilado numerosas cuestiones vinculadas a la relación médico - paciente.

Si algunos de los derechos del paciente se respetan o se hacen valer en el marco del acto asistencial, no es partir de ninguna ley, sino porque la inercia de la costumbre determina ese respeto como usual. A diario se toman decisiones con implicancias jurídicas sobre la base de pareceres médicos en instituciones de salud que ni siquiera cuentan con un Comité de Ética. (65) Y tanto era así antes del dictado de la ley 26.529 que se dijo que su aparición pretendió *"ambientar jurídicamente aquello consuetudinario en la praxis profesional cotidiana, señalando en los preceptos legales de su articulado, los usos y prácticas que cotidianamente tienen lugar con las recomendaciones médico-legales, dirigidas a las temáticas consideradas en el título de esta ley."* (66)

Este desconocimiento por parte de todos los agentes del área de salud, suele convertirse en un factor decisivo para que los derechos del paciente no se cumplan (total o parcialmente) en buena parte de los procesos de prestación de servicios de salud, y es el principal argumento de los médicos cuando se preguntan cuál fue la razón por la que se dictó la ley 26.529. (67)

(65) La ley 24.742 sólo establece la obligatoriedad de la existencia de un Comité Hospitalario de Ética "en todo hospital del Sistema Público de Salud y Seguridad Social, en la medida en que su complejidad lo permita" (art. 1).

(66) LOSETTI, Oscar y DI SALVO, Héctor, "Ley Nacional 26529/09, Comentario Médico Legal, primera parte", cita web: http://www.medmun.org.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=517:boletin-resp-prof-ano-3-no-15-ago-2009&catid=80:mundo-hospitalario-ano-xviii-no155-agosto-2009.

(67) Podría pensarse que la ley ha nacido para compensar que los médicos (aunque no la clínica, el hospital, la obra social o el Estado, usualmente demandados en los juicios de mala praxis) fueron dejados de lado por el art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 a pesar de que "la tutela que brinda la ley 26.529 es común a la tutela del consumidor, no se presenta un dato que permita excluirlo de esta calificación, por el contrario traslada el sistema protectorio con similares atributos en amparo de intereses humanos" (IÑIGUEZ, Marcelo Daniel, "Derecho de los Pacientes", Revista de derecho privado y comunitario 2010-3: derechos del paciente, AAVV, Héctor Eduardo Alegría — Jorge Mosset Iturraspe (directores), 1era. edición, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2011, p. 67). O que era necesario reglar el derecho a la salud que fue reconocido expresamente en la reforma constitucional del año 1994 a partir del art. 42 y de los pactos internacionales de Derechos Humanos en el art. 75 inc. 22 (art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12 inc. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 4 y 5 inc. 1° de la

Si se intentó legislar soluciones que la práctica aceptaba y que la doctrina y la jurisprudencia no discutían (68), es porque la falta de certeza que producía al médico y al paciente la ausencia de textos normativos, traía aparejada la necesaria intervención de la justicia en asuntos que debían ser resueltos con una celeridad impropia para los trámites judiciales. Incluso contábamos con un exitoso antecedente en la antes referida ley 26.130 que extrajo del ámbito tribunalicio el tema de las intervenciones de contracepción quirúrgica, salvo en los casos de las personas declaradas judicialmente incapaces. (69)

Sin juzgar aún si se ha cumplido con aquel objetivo de lograr certeza, es claro que no surge de las fórmulas legales que consagran derechos de los pacientes, en especial de la ley 26.529, un contenido que presente batalla a los médicos. La protección del paciente no va en desmedro de la protección del médico, ni un avance legislativo en defensa del paciente implica un retroceso para los derechos de los médicos. Más aún, la protección

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 16 inc. 1° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumano o Degradantes y 10, 14, 15, 17 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Era la idea de Mayo al decir que "frente a una normativa que coloca en el lugar preferente a los derechos del paciente, al determinación del contenido de los deberes del médico resulta mucho más fácil que la de encontrar prerrogativas activas que beneficien al profesional, máxime cuando el punto de partida está en la garantía constitucional del derecho a la salud...A la exclusión de los profesionales liberales...del ámbito de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor...se ha contestado, en el ámbito de la medicina, con esta ley" (MAYO, Jorge A., op. cit. en nota 41, p. 34).

(68) En los fundamentos a la ley 26.529 manifiesta entender el senador Marcelo Alejandro Horacio Guinle que "resulta sumamente necesario que en el derecho positivo nacional se regule la situación de los pacientes, garantizando a los mismos (los) derechos que nuestros tribunales vienen reconociendo pacíficamente".

(69) Según la ley 26.130, "toda persona capaz y mayor de edad" puede acceder a la realización de las prácticas denominadas "ligaduras de trompas de Falopio" y "ligadura de conductos deferentes o vasectomía" sólo con el consentimiento informado como único "requisito previo inexcusable" pues no se requiere el consentimiento del cónyuge o conviviente ni tampoco la autorización judicial. Sólo en el caso en que la práctica esterilizante deba llevarse a cabo en relación a una persona declarada incapaz por sentencia, su representante debe requerir la autorización judicial como requisito ineludible para practicar la intervención quirúrgica (arts. 1, 2 y 3 ley 26.130).

normativa de los derechos de los pacientes podría contribuir a mejorar el servicio de salud. Piénsese en la calidad de la información que brindarían si fueran sabedores del respeto y cuidado con la que debe ser tratada. En todo caso, a partir de la búsqueda de la horizontalidad del vínculo, la ley intentó igualar las diferencias entre los propios pacientes.

Menciona Galati al respecto que la ley 26.529 *"tiene como 'base material' la situación en la que se encuentran los sectores más postergados de la sociedad, ya que la libertad que ejercen los que se encuentran en el ámbito de las clínicas privadas suele ser casi ilimitada y no necesitan de una ley que la garantice... Los sectores pudientes comprenden sus derechos, tienen acceso a los medicamentos y terapias, gozan del beneficio de la interconsulta, acceden a su historia clínica y se guarda respecto de ellos el secreto profesional sin ser denunciados penalmente, como en el caso de los abortos no punibles o voluntarios"*. (70)

A pesar de estas aclaraciones, no es descabellado que los médicos reclamen la protección legal específica de sus derechos. Ya no para compensar el dictado de la ley 26.529 y elevar su consideración social luego de que un texto legal les haya indicado cómo comportarse frente al paciente como si nunca lo hubieran hecho, sino porque temen a las acciones judiciales penales y civiles que eventualmente puedan sufrir. Pero el resguardo eficaz necesita de reglas claras provistas por el legislador que, como vimos, tampoco tienen los pacientes.

Aún sin adentrarnos en los excesos y defectos de la reglamentación (decreto 1089/2012), la ley 26.529 peca de ser imprecisa. Brinda directivas generales que no pueden ser aplicadas en todas las situaciones concretas (derecho de asistencia), enuncia derechos casi sin límites (como el consentimiento informado) o en extremo acotados (en el caso de las directivas anticipadas), se vuelve

(70) GALATI, Elvio, "Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina de derechos del paciente", eä, vol.2, N°3, abril 2011, p. 15, cita web: <http://www.ea-journal.com/art2.3/Un-cambio-paradigmatico-en-la-salud.pdf>

detallista en aspectos menores con el peligro de una pronta obsolescencia (véase la regulación de la historia clínica) y abre zonas grises que dan pie a nuevos conflictos —tal el caso del retiro de la hidratación y de la alimentación—. (71)

Nos preguntamos entonces si es posible dictar una ley, con alcance general por definición, que se anticipe a todos los conflictos en una materia tan cambiante y que presenta un sinfín de situaciones particulares. Pensamos que no. Ni siquiera un excesivo reglamentarismo pondrá punto final a los litigios y siempre se deberá recurrir al Poder Judicial en busca de la prudente interpretación. La ley 26.529 queda sólo en un mensaje hacia los beneficiarios y hacia los obligados, pero no evita la dispersión y diversidad de soluciones en temas que no pueden legislarse con detallismo.

De igual modo, una ley protectoria de los derechos de los médicos también sería insuficiente si es pretendida para evitar o disminuir reclamos de mala praxis. Las prescripciones legales hacen su aparición efectiva recién al momento de la sentencia en la que se decide la suerte del reproche, pero no modifican las conductas en el día a día. La publicidad de las normas y una mayor asignación de recursos al sistema de salud son sólo dos pasos del largo camino en la búsqueda de disminuir la conflictividad. Y llegar a buen destino exige también un cambio de mentalidad en el médico, aun del conocedor de sus deberes, para que deje de ver en la confección de la historia clínica una carga que cumple con desagrado para darse cuenta que es su principal escudo frente al posible reclamo. Pero la evolución no se verá por impulso del trabajo de los operadores jurídicos sino por la labor paciente y silenciosa de todos los agentes del sistema de salud. Les cedemos el paso. ♦

(71) Como muestra, basta con recordar que "D., M. A." y sus familiares aún esperan el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a pesar de una larga batalla legal iniciada mucho antes del dictado de la ley 26.742 en la que el Superior Tribunal de Justicia de Neuquén ha concluido que la situación del causante — en coma desde diciembre de 1994 - queda encuadrado en el nuevo marco normativo y ha declarado abstracto el debate (fallo del 19 de abril de 2014).