

Derecho Privado

AÑO III NÚMERO 9

Derecho a la salud

Directores: Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO III - NÚMERO 9

Derecho Privado

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-7582

Revista Derecho Privado

Año III - N° 9 - diciembre 2014

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Privado y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso

Directores

Cecilia Kandus - María Eugenia Rodríguez Pería

Luis R. J. Sáenz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Eduardo Barbier
Alberto Bueres
Carlos Clerc
Javier Cosentino
Pablo Heredia
Carlos Hernández
Marisa Herrera
Claudio Iglesias Darriba
Héctor Iribarne
Aída Kemelmajer de Carlucci
Jorge Kielmanovich
Ángela Ester Ledesma
Luis F. P. Leiva Fernández
Gonzalo Nazar de la Vega
María Paula Pontoriero
Julio César Rivera
Claudia Sbdar
Rubén Stiglitz
Eduardo Zannoni

Editorial

Este número de la revista está dedicado al derecho a la salud, uno de los derechos humanos de naturaleza social en los que se hace evidente el entrecruzamiento del interés público y el privado, así como el cambio operado con relación al concepto de autonomía individual.

Se trata de un área del derecho cuyas coordenadas cambian rápidamente por influjo de los progresos científicos y tecnológicos; en la que se han generado principios, reglas y estándares que otorgan perfiles particulares a conceptos como "orden público" y "capacidad progresiva"; y en la que el sujeto participa también como consumidor.

El derecho a la salud atraviesa temas sensibles y sitúa a la persona frente a algunos de los problemas filosóficos principales, pues se vincula con las posibilidades de goce y de disfrute, pero interpela al sujeto desde la perspectiva del dolor, el deterioro y la finitud de su existencia.

En las páginas siguientes, prestigiosos autores desarrollan temas vinculados con algunos aspectos relevantes de esas temáticas. Encontrarán ustedes trabajos inherentes a los derechos al final de la vida y a la posibilidad de formular directivas médicas anticipadas para el tratamiento de la propia enfermedad, cuestiones que atañen centralmente al ejercicio de derechos personalísimos, con proyección directa en los núcleos familiares y de convivencia de las personas.

También se incorporan desarrollos sobre responsabilidad médica, su cobertura asegurativa, y sobre la historia clínica, entendida como documento fundamental a la hora de la evaluación de lo actuado por profesionales de la salud; la relación entre el derecho a la salud y uno de los principales factores de su afectación cotidiana, los accidentes de tránsito que provocan alarmantes índices de mortalidad y discapacidad entre la población; la situación jurídica del sujeto en tanto consumidor de servicios sanitarios

y la visión de ella desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esperamos que tales aportes específicos contribuyan al análisis y al debate, con vistas a la consolidación de este derecho estratégico para la supervivencia y el desarrollo de las personas y de la sociedad.

Los directores

Índice

Doctrina p. I

La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud:
hora de innovar. Algunas preguntas y una propuesta posible
por MARISA AIZENBERG y ANA I. DÍAZ p. 3

Los derechos al final de la vida
por M. SUSANA CIRUZZI p. 13

Historia clínica
por JUAN MANUEL COLLA p. 45

Los contratos de seguro de uso habitual en materia de responsabilidad médica.
La cuestión de las cláusulas *claims made*
por M. FABIANA COMPIANI p. 59

El usuario del servicio de salud en algunas sentencias del nuevo milenio de la Corte IDH
por AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI p. 87

Responsabilidad civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental
por JULIO A. MARTÍNEZ ALCORTA p. 127

Accidentes de tránsito y derecho a la salud
por MIGUEL A. PIEDECASAS p. 137

Consentimiento informado y derecho a la autonomía personal
por ANAHÍ E. PROPATTO p. 179

ÍNDICE

La regulación de las directivas médicas anticipadas
en el ordenamiento jurídico argentino
por ROMINA D. REYES p. 195

Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud
por CARLOS E. TAMBUSI p. 211

Fuentes citadas p. 231

Índice temático p. 243

Doctrina

La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud: hora de innovar

Algunas preguntas y una propuesta posible

por **MARISA AIZENBERG⁽¹⁾** y **ANA INÉS DÍAZ⁽²⁾**

I | Resumen

El abordaje sistematizado de los conflictos sanitarios permitirá iniciar el camino hacia su resolución mediante la creación de dispositivos de incidencia colaborativa que actúen tanto en el sistema de salud como en el judicial, para la construcción de nuevas formas de gestión que deben incorporar las organizaciones de salud para evitar —o solucionar en su caso— los posibles conflictos que puedan surgir dentro del marco de la asistencia sanitaria, y dar una alternativa a la vía judicial tradicional, recuperando el lugar del diálogo y la comunicación en la relación equipos de salud-pacientes.

.....

(1) Abogada, Directora del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA).

(2) Abogada, Directora del Instituto de Derecho de la Salud del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

2 |

Los actuales avances científicos y tecnológicos, junto al desarrollo de sistemas de protección social, permitieron aumentar los índices de esperanza de vida de la población. Por su parte, la relevancia adquirida en las últimas décadas por los determinantes sociales de la salud (saneamiento, educación, trabajo, vivienda, legislación) logró alcanzar mejoras también en términos de cantidad y de calidad de vida de las personas, a pesar de la persistencia de inequidades entre países y hacia el interior de los mismos.

El sistema de salud pone a disposición de los pacientes y usuarios más y mejores métodos de diagnóstico y tratamiento. La sociedad informada exige de sus profesionales y prestadores atención de calidad brindada en tiempo oportuno. La legislación sectorial proclama estatutos con eje en la autonomía personal, donde cobra importancia la ampliación de derechos y el ejercicio de la autodeterminación para alcanzar los propios proyectos vitales, quebrando el paradigma de un modelo paternalista, de épocas relativamente recientes.

Irrumpe en este escenario un aumento de las reclamaciones judiciales en búsqueda de la concretización de estos derechos consagrados legislativamente —o no—, y la judicialización de la salud se transforma así en una realidad tangible. Argentina transita un modelo de sociedad litigiosa que genera una lógica de confrontación judicial, que ha “rutinizado” la vida cotidiana y, según algunos autores, resulta parte del proceso vital para los mecanismos psicológicos mediante los cuales un sentido de confianza o de seguridad ontológica es sustentado en las actividades prácticas de la vida social.⁽³⁾

En el transcurrir de este proceso, que a manera de síntoma revela la existencia de una problemática subyacente más profunda, se observan consecuencias no queridas que se traducen en la profundización de las inequidades y, con ello, la falta de acceso al sistema de salud y de justicia de los sectores sociales más vulnerables y desprotegidos, privilegiándose a aquellos que poseen mejores medios y posibilidades de obtener información para el ejercicio de sus derechos.

(3) GIDDENS, ANTHONY, “Rutinización y motivación”, en *La Constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, Bs. As., Amorrortu Editores, 1998.

Bajo este contexto se produce, además, un aumento anómalo de fenómenos de violencia y agresiones hacia los profesionales del equipo de salud que han contribuido a agravar la problemática, junto al creciente disgusto de la ciudadanía respecto de la atención recibida.

El sistema judicial se encuentra colapsado, carece de medios técnicos para abordar con la profundidad debida los temas puestos a su consideración y afrontar, asimismo, el volumen de casos que se presentan en materia de reclamos. Al mismo tiempo, observamos cómo los litigios se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos ocasionados por dichos procesos aumentan a la par de la insatisfacción de todos los usuarios del sistema.⁽⁴⁾

Otro factor a tener en cuenta es la cantidad y complejidad de los textos legislativos que hacen muy particularmente a nuestra disciplina, el derecho de la salud, situación que dificulta el acceso a la justicia, sumándose a ello otras cuestiones que no resultan menores, derivadas de los conflictos de las leyes en relación al tiempo y al espacio, en función de la inflacionada cantidad de normas que se dictan en este ámbito y de las diferentes jurisdicciones competentes en nuestro un país. Argentina, como nación, se ha constituido a partir de la delegación de potestades efectuada al gobierno central por parte de las provincias que la preexistieron como tal. En este sentido, recordamos que la legislación en materia sanitaria ha quedado reservada a cada una de las diferentes jurisdicciones. Así, provincias y municipios destinan diferentes planes y programas al área de salud, muchas veces superpuestos unos con otros, sin que logren visualizarse acciones efectivas destinadas a su correcta articulación.

Los hechos descriptos tienden a provocar que las organizaciones de salud deban soportar elevados índices de judicialización, distorsionando el logro de sus objetivos esenciales que es proteger y dar amparo a sus beneficiarios. Por su parte, los ciudadanos miran con desconfianza al sistema de salud y deciden, entonces, dejar en manos de la justicia la posibilidad de lograr la efectividad de sus derechos.

(4) AIZENBERG, MARISA, "La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud como respuesta a la judicialización sanitaria", en *La Ley Suplemento de Actualidad*, 10/11/2011.

El conflicto —planteado en estos términos— deja de ser un acto aislado para integrarse al proceso de atención, aparece la “rutinización” de los reclamos vinculados a prestaciones sanitarias interpuestas por pacientes que procuran obtener la protección judicial de sus derechos, y así aparece una dinámica de funcionamiento con respuestas propias que generaliza los problemas y se instala en las organizaciones de salud para continuar debilitando, aún más, la confianza entre los actores del sistema.

Por su parte, expertos en facilitación de resolución de conflictos en contextos complejos alertan sobre otros aspectos a tener en cuenta. El conflicto siempre resulta caro, no solo en términos de honorarios profesionales o pérdidas de producción y salarios, sino que también hace perder tiempo, energía, relaciones y salud.⁽⁵⁾

Aparecen entonces los primeros interrogantes: ¿Qué hacer frente a un conflicto sanitario? ¿Solo una acción de amparo puede resolver el acceso al cuidado de la salud de un individuo? ¿Corresponde al Poder Judicial dirimir cuestiones vinculadas a las políticas públicas sanitarias?

Estas preguntas plantean problemas que tienen diferentes abordajes e involucran aristas políticas, jurídicas, sanitarias, económicas, normativas e, incluso, cuestionamientos de orden bioético, entre los que se encuentra el clásico debate entre demandas, derechos y recursos, en términos de justicia distributiva, cuyo tratamiento excede obviamente los temas que pretendemos abordar en estas breves líneas, pero no podemos dejar de señalar.

Surge así la existencia de contextos sanitarios complejos y las contingencias que de ellos se derivan implican, en sí mismos, un **alto grado de vulnerabilidad existencial** porque son **espacios** donde se ponen en juego la vida o la calidad de vida, donde los profesionales que integran el equipo de salud trabajan bajo una fuerte presión, con tiempos exiguos, sobrecarga de información y trabajo, escasos recursos disponibles, falta de conocimiento en materia de normas aplicables, altas expectativas sociales y si a ello sumamos el incremento de demandas judiciales, aparece el temor legal como condicionante en la toma de decisiones sanitarias.

Es así que **todos los actores del espacio de salud** se ven afectados en mayor o menor medida: los usuarios y familiares no han podido sentirse comprendidos,

(5) ACLAND, ANDREW F., *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Beatriz López (trad.), Bs. As., Paidós, 1993.

escuchados, por el contrario, se consideran maltratados, con escasa o nula información sobre la propuesta terapéutica o los fundamentos del rechazo de una cobertura en su caso; los agentes del sistema de salud no han podido explicar, dar información adecuada, adaptar la legislación vigente a sus prácticas u ofrecer, si así correspondiere, algún tipo de reparación y, también, pueden sentirse maltratados por la misma presión laboral.⁽⁶⁾

Por su parte, el pretendido cambio de paradigma en la relación médico-paciente-familia, desde aquel modelo médico hegemónico hacia otro basado en la autonomía del paciente, no ha podido encarnarse en la práctica asistencial y el paternalismo es ejercido hoy desde el propio sistema de salud que impone tanto a los pacientes como al equipo médico las condiciones del ejercicio prestacional.⁽⁷⁾

Sin embargo, es aún notorio el predominio de un fuerte componente del modelo biológico —dominado por las ciencias naturales— que centra y reduce su enfoque a las funciones orgánicas, quedando relegados el resto de sus componentes. El avance de las ciencias sociales ha permitido ampliar la mirada y entender la existencia de un “proceso salud-enfermedad” que incorpora otros fenómenos de la realidad con impacto en la salud. Deja así de ser un problema exclusivo de la profesión médica o de las políticas públicas sanitarias para adquirir dimensión social e interdisciplinar.⁽⁸⁾

En el año 1985, el —en ese entonces— presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos afirmaba:

Algunas veces pienso que hay algún tipo de neurosis masiva que lleva a la gente a creer que los tribunales son los lugares ideales para resolver cierto tipo de controversias.

Es hora de que el espíritu innovador e ingenioso de ciudadanos y abogados forjen nuevas herramientas para cubrir nuevas necesidades.⁽⁹⁾

(6) DÍAZ, ANA INÉS, “Pacientes: ¿Solo derechos?”, en *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, en prensa.

(7) AIZENBERG, MARISA y ROITMAN, ADRIEL, “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, en *La Ley*, 29/12/2010.

(8) [En línea] <http://www.saludyderechos.org.ar/2013/12/marisa-aizenberg-la-salud-un-derecho.html>

(9) Palabras de Warren E. Burger (ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1969/1986) para *The New York Times*, en 1985.

Y este es el camino que hemos elegido, pensar juntos, construir a través de la intervención de todos los actores involucrados —ciudadanía, asociaciones, universidades, colegios profesionales—, nuevos métodos participativos en búsqueda de herramientas y dispositivos más efectivos con capacidad para deconstruir el conflicto.

El aspecto sociocultural fue brevemente reseñado anteriormente, pero si lo conjugamos con los fragmentos del marco legal que emana del organismo rector en la materia a nivel mundial, no caben dudas de que es una alternativa viable y así podemos proceder: “La salud de todos los pueblos (...) depende de la más amplia **cooperación** de las personas y de los Estados (...) y una **cooperación activa** por parte del público [es] de importancia capital para el mejoramiento de la salud de pueblo”.⁽¹⁰⁾

Cooperar significa obrar con otro para un mismo fin y allí es hacia donde debemos dirigir nuestras acciones, con la firme convicción de que pretender resolver los problemas de una disciplina como el derecho de la salud a través de una acción de amparo es una idea reduccionista.

Urge por ello la necesidad de repensar estas cuestiones de gran actualidad e indudable trascendencia práctica y abordarlas con madurez en búsqueda de soluciones concretas. Entendemos que la gestión y el manejo de los conflictos sanitarios aparecen como una variable a explorar porque, entendemos, pueden ayudarnos a reflexionar sobre su potencial como respuesta, en el entendimiento de que el ejercicio de los derechos con responsabilidad y el principio de subsidiariedad de la judicialización posibilitan entender al juicio como medida de última *ratio* en este contexto.⁽¹¹⁾

En esa búsqueda es necesario persuadir a todos los involucrados en la búsqueda de alcanzar un **beneficio mutuo**, no solo el de quien reclama. Las organizaciones de salud se favorecerán en prestigio, honorarios, costos, confianza, compromiso e involucramiento de su personal, continuidad del vínculo sin procesos traumáticos, etc. El paciente recibirá una atención más rápida y efectiva, se evitará su revictimización y se sentirá reconocido como sujeto y no como objeto cosificado por un sistema. Finalmente, ambas

.....

(10) Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1948).

(11) AIZENBERG, MARISA (COORD.), *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Bs. As., Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, en prensa.

partes se beneficiarán con la satisfacción conjunta de sus necesidades y objetivos cumplidos, reconocidas entre sí, recuperando la alianza quebrada en la relación asistencial; **ambas estarán colaborando en el proceso salud-enfermedad-atención.**

Es importante tener en cuenta que, en consonancia con el enfoque de derechos humanos que asigna valor a la voz y la participación, cuando se trata de necesidades de salud se requieren procesos deliberativos que se nos plantean como verdaderos **desafíos** a afrontar a fin de modificar los actuales contextos sanitarios.

La jerarquía que debe asignarse al diálogo y el **reconocimiento del otro** como un ser distinto, con proyectos, pensamientos, necesidades, motivaciones e intereses diferentes a los propios constituye un importante gran punto de partida. ¿Podría tener lugar, como se preguntaba Thoreau, "mayor milagro que poder mirarnos por un instante a través de los ojos del otro"?⁽¹²⁾

Estamos convencidos de que el abordaje sistematizado de los conflictos sanitarios permitirá iniciar el camino hacia su resolución, con mecanismos adecuados para incidir **colaborativamente** sobre ellos, evitando que se instalen como un engranaje invisible del sistema y socaven las bases de la relación médico-paciente-familia. En la actualidad el equipo de salud tiene temor frente a la toma de decisiones por las posibles consecuencias de orden judicial, situación que ha llevado al ejercicio de una medicina defensiva que solo suma nuevos conflictos y costos a la atención de salud. Va con ello, también, el intento de lograr la efectividad en el acceso de los ciudadanos a los sistemas de justicia y de salud.

Son los protagonistas los encargados de co-construir un clima de colaboración en los espacios sanitarios. Sabemos que son múltiples los vínculos entre actores y operadores del sector salud (médicos, técnicos, pacientes, personal administrativo y de seguridad, investigadores, la industria farmacéutica, las obras sociales, clínicas, sanatorios y la atención domiciliaria o de urgencia, entre muchas otras variables) que, con diferentes roles e intereses, se asoman al conflicto de manera casi permanente por encontrarnos, como dijimos, dentro de espacios con alto grado de vulnerabilidad vital.

(12) THOREAU, HENRY D., *Walden. La vida en los bosques*, Boston, Ticknor and Fields, 1854.

Estas **interacciones** se inician en el momento en el que un beneficiario, afiliado, ciudadano, usuario solicita un turno médico al ingresar a una institución de salud, atravesando el devenir de la atención por parte del equipo de salud donde la **empatía**, la **información**, el **diálogo** y la **comunicación** cumplen un rol fundamental.

Entendemos necesario incorporar herramientas de interacción colaborativa que comprendan los vínculos que se generan en este universo variado, donde aparecen temores, sentimientos, emociones, preocupaciones, motivaciones, propósitos, objetivos, metas y necesidades porque, como se ha dicho, "los conflictos provocan una sensación de amenaza de pérdida que afecta alguna necesidad. En el pedido de ayuda profesional se intenta buscar una reparación de esta incertidumbre o insatisfacción".⁽¹³⁾ La intervención temprana para detectar intereses y necesidades es parte de las nuevas formas de gestión que deben asumir las organizaciones de salud.

El procedimiento judicial no parece poder contemplar esta complejidad. Una demanda basada en derechos (antes hablamos de necesidades e intereses), con partes enfrentadas que utilizan vocabulario técnico jurídico (distinto al diálogo empático que se persigue), con tiempos y formalidades propias de un proceso legal, ha demostrado no resolver los conflictos de naturaleza sanitaria.

El tiempo es un factor a tener en cuenta como condicionante del escenario sanitario porque muchas veces trabajamos sobre la urgencia; por eso, no podemos quedarnos esperando las respuestas si estas no se dan del otro lado —el silencio no implica necesariamente desinterés por el conflicto—, sino que nuestra actitud debe ser proactiva y perseverante. Muchas veces los gestores de salud conservan la impronta dejada por viejas políticas institucionales y desconocen la posibilidad de implementar modernas prácticas de negociación colaborativa.

Entendemos fundamental generar dispositivos con opciones que faciliten el análisis de las alternativas disponibles para elaborar, así, las propuestas de resolución adecuadas a cada caso y ajustando los tiempos a las necesidades

(13) CARAM, M. ELENA; EILBAUM, DIANA T.; RISOLIA, MATILDE, *Mediación. Diseño de una práctica*, Bs. As., Librería Histórica, 2006.

de los interesados porque “la salud y su atención son más que meras mercancías que el mercado debe ocuparse de asignar”.⁽¹⁴⁾

Los lineamientos de nuestra propuesta contienen:

- Diálogo e intervención de todos los potencialmente afectados (protagonismo de las partes).
- Actitud perseverante en la búsqueda de interacción colaborativa de los actores (enfoque colaborativo).
- Búsqueda de opciones que satisfagan las necesidades de todos los actores (satisfacción conjunta).

Nuestra propuesta se ve corroborada por los diferentes procesos de incorporación de modos de acceso a la justicia⁽¹⁵⁾ en nuestro país en sus diversas etapas, a través de procedimientos alternativos como la mediación, la facilitación, la conciliación, el arbitraje, las Casas de Justicia, y la creación de Unidades de Manejo de Conflictos Sanitarios,⁽¹⁶⁾ entre otros. Hacer accesible el conocimiento de la legislación sanitaria y la capacitación en materia de habilidades en negociación y la formación académica en derecho de la salud resultan necesarios para revertir los factores de vulnerabilidad a los que se ven expuestos pacientes, profesionales y organizaciones, donde las universidades cumplen un papel fundamental en la construcción de espacios de diálogo y consenso.

Estos diferentes caminos dan paso a la construcción de nuevas formas de gestión de las organizaciones de salud para evitar —o solucionar en su caso—, los posibles conflictos que puedan surgir dentro del marco de la asistencia sanitaria y brindar una alternativa a la vía judicial tradicional, recuperando el lugar del diálogo y la comunicación en la relación equipos de salud-pacientes.

(14) YAMIN, ALICIA ELY, “Poder, sufrimiento y los tribunales”, en *La lucha por los derechos de la salud*, Bs. As., Siglo XXI, 2013.

(15) Mapa de situación sobre los diversos métodos de acceso a justicia implementados en el ámbito del Poder Judicial de la República Argentina, [en línea] <http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp>

(16) Convenio Observatorio de Salud, Facultad de Derecho de la UBA-IOSEP, Santiago del Estero.

Los derechos al final de la vida

por **MARÍA SUSANA CIRUZZI**⁽¹⁾

“Y lo que llamáis nacer es empezar a morir, y lo que llamáis morir es terminar de morir, y lo que llamáis vivir es vivir muriendo”

Quevedo

I | Introducción

Nos encontramos frente a un tema complejo.⁽²⁾ Su abordaje puede realizarse desde distintos aspectos conceptuales, tanto en el ámbito bioético como en otras disciplinas, cuyas aristas pueden modificarse según la posición personal que asuma quien estudie esta problemática y por lo tanto la respuesta al interrogante acerca de si mantenernos vivos debe ser considerado un derecho o una obligación, será diferente. Interrogarnos si existe un derecho a morir y si debe ser respetado aun cuando hayamos

.....

(1) Abogada y Doctora en el Área de Derecho Penal (UBA). Posgraduada en Derecho Penal (UBA). Diplomada en Bioética (FLACSO). Especialista en Bioética (FLACSO). Docente de grado, posgrado y doctorado (UBA). Miembro del Comité de Ética del Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Responsable Académica de las Áreas de Bioética y de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes del Observatorio de Salud, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Instituto Luis Ambrosio Gioja, Facultad de Derecho (UBA). Investigadora del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Brasil. Vocal Titular Primera de la Asociación Argentina de Bioética. Directora de tesis de Doctorado y Maestría, (UBA). Autora de libros, artículos y comentarios en cuestiones penales, médico-legales y bioéticas. Posdoctoranda en Derecho, con la investigación “La criminalización de la medicina al final de la vida: una mirada crítica, una propuesta superadora”, Facultad de Derecho (UBA).

(2) CIRUZZI, M. S., “Los dilemas al final de la vida: el paradigma bioético frente al paradigma penal”, en *Revista de Derecho Penal*, año 1, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, septiembre, 2012.

fallado en nuestro objetivo y pretendamos que los terceros solo nos presenten asistencia para tener un final sin dolor ni sufrimiento, distinto a como hemos sentido nuestra propia vida.

Partimos de considerar que el estudio de temas relacionados con nuestra propia vida, con nuestra existencialidad, involucran necesariamente a la muerte. Hablar de la vida, del derecho a la vida, del derecho a la salud, del derecho a la dignidad, del derecho a la libertad, del derecho a elegir, tiene que ver con nuestro presente, pero también con nuestro futuro y con nuestro pasado. Con aquello que aprendimos para vivir, para ser dignos, para ser libres, para elegir y con estos principios sin los cuales nuestra vida no merece ser vivida. Y este es un juicio de valor indelegable que nos corresponde a cada uno de nosotros en tanto seamos humanos, en todo el sentido de su expresión.

Para hacer aún más difíciles las decisiones que nos tocan asumir en este marco, debemos sumar la disponibilidad de medios que los avances tecnológicos, día a día, van poniendo a nuestro alcance en el ámbito de la ciencia médica, capaces de prolongar, mediante soportes vitales, de manera casi indefinida, nuestra vida y también nuestra agonía. Por eso proponemos enfocar este aspecto en particular desde la mirada de la calidad de vida que estos días pueden ir agregando a la etapa final de la enfermedad, o en aquellos casos en que el propio sujeto —aún sin encontrarse en terminalidad ni enfermo físicamente— no desea seguir viviendo.

2 | El final de la vida. Enfermedad y muerte

“El tiempo que preserva es el tiempo que destruye”
Wittgenstein

Nuestra cultura occidental no suele mencionar ni hablar expresamente acerca de la muerte, a diferencia de otras cosmovisiones. Tememos que el solo mencionarla resulte en su invocación. Paradójicamente, siendo la única certeza que tenemos en nuestra vida —somos, naturalmente, seres mortales con autoconciencia de nuestra propia finitud— actuamos como si ese final no existiera ni fuera a suceder.

No existe un mundo sin muerte:

Al día siguiente no murió nadie. El hecho, por absolutamente contrario a las normas de la vida, causó en los espíritus una perturbación enorme, efecto a todas luces justificado. Basta recordar que no existe noticia en los cuarenta volúmenes de la historia universal, ni siquiera un caso para muestra, de que alguna vez haya ocurrido un fenómeno semejante, que pasara un día completo, con todas sus pródigas veinticuatro horas, contadas entre diurnas y nocturnas, matutinas y vespertinas, sin que se produjera un fallecimiento por enfermedad, una caída mortal, un suicidio conducido hasta el final, nada de nada, como la palabra nada.⁽³⁾

Empero, como dijo el gran director de cine y actor Woody Allen: “No le temo a la muerte. Solo que no quisiera estar allí cuando suceda”.

La atención de pacientes al final de la vida importa un gran desafío para el equipo de salud que los enfrenta a la imposibilidad de curar, cuando esa ha sido la idea que, de su función, han recibido históricamente en su formación en las universidades. Ello lleva a la confrontación entre el deseo y la intención con la realidad mortal y finita del ser humano: la muerte es un hecho que, más tarde o temprano, acontecerá a cada uno de nosotros. Muchas veces, en la gran mayoría de las ocasiones, solamente podremos postergar ese fin, demorarlo, mas no evitarlo. Esto suele provocar frustración en la mayoría de los profesionales de la salud, que sienten la muerte de un paciente como un “fracaso” profesional y no como el fin ineludible de la experiencia vital.

El final de la vida también resulta desafiante para el propio paciente y su familia. Nos enfrenta con nuestra propia existencia, con nuestra espiritualidad, y nos recuerda que la eternidad existe en una concepción religiosa de la vida, pero que la vida —en su expresión meramente biológica— es totalmente finita.

Antiguamente, la muerte iba acompañada de una serie de costumbres preestablecidas. Las guías del “*Ars Moriendi*”, el arte de morir, eran extraordinariamente populares: así, un texto latino de 1415 fue reimpresso

(3) SARAMAGO, JOSÉ, *Las intermitencias de la muerte*, Biblioteca José Saramago, Bs. As., Alfaguara, 2012.

en más de un centenar de ediciones a lo largo de Europa. Reafirmar la fe, arrepentirse de los pecados, distribuir nuestras posesiones materiales y complacer nuestros deseos eran cruciales, y esas guías proveían a las familias de los elementos necesarios para asegurarse que las prioridades del paciente fueran respetadas en las horas finales.

En nuestros días, las enfermedades catastróficas son la excepción: para la mayoría de los pacientes, la muerte es una consecuencia de una larga lucha médica con una condición incurable —cáncer avanzado, falla multiorgánica progresiva o múltiples debilidades propias de la edad avanzada—. En todos esos casos, la muerte es un hecho “seguro”, pero el “tiempo de muerte” no. En consecuencia, todos los involucrados luchan contra esta incertidumbre, con el cómo y cuándo aceptar que se ha perdido “la batalla”. Y como última palabra, estos pacientes apenas parecen existir, porque la tecnología mantiene nuestros órganos mucho más allá del momento en que perdemos nuestra conciencia y coherencia. En estas circunstancias, la mayoría de los enfermos han entendido que sufren de una condición fatal pero no necesariamente han aceptado que están muriendo. Muchos, aún, quieren “vencer” a la enfermedad.

Es cierto que siempre existe una esperanza, no importa cuán pequeña o débil. Nada de malo tiene asirse a la misma. A menos que ello signifique fallar en prepararse para lo “por venir” que es —usualmente— lo más probable. El problema radica, justamente, en que concebimos nuestro sistema de salud y cultura alrededor de esa frágil esperanza. Hemos construido un edificio que cuesta millones de millones para repartir el equivalente de boletos de lotería cuando solamente tenemos un sistema rudimentario que sirve para preparar a los pacientes con la casi certeza de que esos boletos no ganarán. La esperanza no es un plan ni un tratamiento, pero parece ser nuestro único plan, nuestra única alternativa terapéutica.

Esta moderna tragedia se repite millones de veces, una y otra vez. Cuando no existe una forma de saber exactamente cuánto tiempo nos queda, y/o cuando imaginamos tener más tiempo que el real, nuestro impulso más primitivo consiste en luchar, morir con “quimio” en nuestras venas, o con un tubo en nuestras gargantas, o con suturas en nuestra piel. En estas condiciones, raramente registramos el hecho real de que nuestras vidas se están acortando y llegando a su final. Imaginamos que podemos esperar hasta que los médicos nos digan que “ya no hay nada más que hacer”.

Pero raramente esto es cierto. Los médicos pueden apelar a drogas tóxicas de eficacia desconocida, operarnos para remover una parte del tumor, intubarnos o alimentarnos artificialmente, etc.: siempre hay algún recurso técnico al que echar mano. Queremos estas oportunidades. No queremos que nadie nos limite estas posibilidades. Pero eso no significa que estemos deseosos de tomar estas decisiones. Al contrario, en la mayoría de las ocasiones, terminamos no tomando ninguna decisión. Nos recostamos en el profesional y la tecnología y solo preguntamos “¿está seguro de que no hay nada más que hacer?”, “¿no existe una salida?”.

El punto de vista más sencillo y reduccionista es que la medicina existe para combatir la enfermedad y la muerte: esa resulta ser —en consecuencia— su función principal. La muerte es el enemigo. Pero la muerte tiene fuerzas superiores. Eventualmente —más tarde o más temprano—, gana. Y, en una guerra en la cual uno sabe —de antemano— que no puede ganar, uno desea estar en manos de un “General” que luche hasta nuestra extinción total. En este enfoque, los médicos son los Generales que llevan a luchar a sus “soldados-pacientes” diciéndoles todo el tiempo “**solo dime hasta cuándo quieres seguir**”. El tratamiento es un tren del cual el paciente puede descender cuando lo desee. Pero para la mayoría de los enfermos y sus familias esto es pedir demasiado. Están sobrepasados de rabia, temor y desesperación frente al avance de la enfermedad y la imposibilidad de su cura; muchos de ellos se encuentran engañados por la fantasía de los límites de la tecnología y lo que esta puede hacer por ellos.

El imperativo tecnológico nos reduce a meros convidados de piedra en nuestra propia enfermedad. La tecnología resulta anómica, pero el hombre es un ser circunstanciado y biográfico, un sujeto moral social que —aun en la enfermedad— conserva su característica distintiva: su dignidad. Y es esa dignidad la que reclama y exige que al enfermo se le devuelva aquella humanidad puesta en entredicho por el proceso patológico que sufre.

Ahora bien, y antes de avanzar en las alternativas que se presentan al final de la vida, resulta necesario definir qué entendemos por muerte y cuál es su diferencia con otros estados clínicos que se pueden presentar en esta etapa. Existe consenso en la comunidad científica de que una adecuada definición de muerte es que esta consiste en el cese permanente de todo el funcionamiento clínicamente observable del organismo como un todo, y cuando sea aplicable la pérdida de la conciencia por el organismo y todas sus

partes identificables. Hay dos criterios de determinación: la muerte cardiopulmonar, en la cual el cese de la función cardiopulmonar predice el cese irreversible del funcionamiento del organismo en su conjunto; y la muerte cerebral, que surge con el desarrollo de los respiradores mecánicos efectivos, de los medios del mantenimiento circulatorio y de la resucitación en emergencia cardiorrespiratoria (reanimación) —todo lo cual, a fines de la década del 50, compelió a los médicos a encarar un estado imposible de imaginar previamente: una condición bajo la cual el cerebro perdía sus funciones mientras los órganos del cuerpo se mantenían funcionando: “cadáveres batientes” se los llamaba, y que se definía como el cese irreversible del funcionamiento de todo el encéfalo—. ⁽⁴⁾

Para objetivar el criterio de muerte encefálica y poder trabajar desde él, es necesario partir de una concepción estrictamente biológica, bajo la cual el criterio de irreversibilidad cobra suma trascendencia; la irreversibilidad del cese de las funciones de todo el encéfalo (hemisferios cerebrales y tronco encefálico), producida por paro cardiorrespiratorio o por lesión primaria del mismo. ⁽⁵⁾

En última instancia, cuando un individuo muere, de lo que se trata es de la pérdida irreversible del funcionamiento del organismo como un todo. La muerte constituye, de este modo, el evento final del proceso de morir.

Es por eso que resulta muy importante distinguir la muerte de otros procesos médicos que afectan al paciente como ser consciente. Estos son: el coma, el estado de mínima conciencia, el estado vegetativo (persistente y permanente) y el síndrome del “*locked in patient*”.

El **coma** es aquel estado severo que incluye pérdida de conciencia y riesgo de muerte, que puede padecer cualquier ser humano como consecuencia de diversas patologías. El estado de coma es un estado de no-conciencia continuo y transicional. Se caracteriza por la ausencia de ambos componentes de la conciencia: despertar propiamente dicho y *awareness*.

(4) INCUCAI, COMITÉ DE BIOÉTICA, “Consideraciones alrededor del concepto de muerte bajo criterios neurológicos (muerte encefálica)”, [en línea] https://www.incucai.gov.ar/files/docs-incucai/Comite%20de%20Bioetica/07-muerte_encefalica.pdf

(5) PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, *Controversies on the determination of death*, Washington DC, diciembre, 2008, [en línea] www.bioethics.gov

El **estado de mínima conciencia** es la condición neurológica en que existe grave compromiso de la conciencia; sin embargo, se observan evidencias de conciencia de sí mismo o de su entorno. Es el estado clínico de un grupo de pacientes que no están en estado vegetativo, pero que tampoco son capaces de comunicarse en forma reproducible.

El **estado vegetativo** es el cuadro clínico de un paciente que presenta ciclos fisiológicos de sueño-vigilia, pero que en ningún momento es consciente de sí mismo ni de su entorno. Se mantiene la capacidad para la conciencia, pero no su contenido. El **estado vegetativo persistente** es aquel que se mantiene luego de un mes de una injuria encefálica aguda, ya sea traumática o de otra etiología. Se refiere a una condición de incapacidad pasada y continua, de futuro incierto. El **estado vegetativo permanente** corresponde al estado vegetativo prolongado hacia la cronicidad. Existe consenso en que una duración mayor a 12 meses en lesión traumática y 3 meses en la no traumática hacen diagnóstico de estado vegetativo permanente. Esta definición tiene connotación pronóstica debido a la escasa probabilidad de recuperación después de estos plazos.

El **síndrome de *locked in patient* (o síndrome de enclaustramiento)** se define por la presencia de tetraplejía, parálisis de los nervios craneales bajos con conservación de la conciencia y de la mirada vertical. Se trata de un paciente que no puede moverse y que solo puede comunicarse a través de su mirada, pero que es consciente.

También resulta necesario tener en cuenta a qué tipo de enfermedad nos referimos cuando hablamos del final de la vida. Las situaciones clínicas en esta etapa se encuentran entre la enfermedad incurable avanzada y la situación de agonía. En la primera, la enfermedad es de curso progresivo, gradual, con diverso grado de afectación de la autonomía y de la calidad de vida, con respuesta variable al tratamiento específico, y que evolucionará hacia la muerte a mediano plazo. Por su parte, la enfermedad terminal es aquel proceso patológico que se encuentra avanzado en fase evolutiva e irreversible con síntomas múltiples, impacto emocional, pérdida de autonomía, con muy escasa o nula capacidad de respuesta al tratamiento específico y con un pronóstico de vida limitado a semanas o meses, en un contexto de fragilidad progresiva.

Finalmente, la situación de agonía es la que precede a la muerte cuando esta se produce de forma gradual, y en la que existe deterioro físico

intenso, debilidad extrema, alta frecuencia de trastornos cognitivos y de la conciencia, dificultad de relación e ingesta y pronóstico de vida en horas o días.⁽⁶⁾

Es en este marco conceptual que hablaremos de alternativas terapéuticas al final de la vida.

3 | Las alternativas en el proceso de toma de decisiones al final de la vida

“Consideraba la vida en general, y esa particular afección de la vida que llamamos enfermedad, como un estado de oscilación y perpetuo cambio que mantiene una proporción natural con pasiones fluctuantes tales como la esperanza y el temor, proporción que basta para justificarlas ante la razón; en cambio la muerte, por ser un estado permanente que no admite el más ni el menos, pone fin a toda ansiedad, acaba para siempre con toda la angustia de la espera y solo puede adaptarse a un sentimiento permanente e invariable”

Immanuel Kant

Dentro de la asistencia médica, las cuestiones al final de la vida ocupan un rol preponderante y altamente desafiante. Muchas de las medidas que pueden tomarse (o suspenderse o evitarse) suelen tener una consecuencia inmediata en el tiempo de duración de la vida biológica, en la calidad de vida y en la posibilidad de interacción del paciente con sus seres queridos y semejantes. Generalmente, el dilema siempre se presenta entre dos o más opciones, ambas con consecuencias seriamente disvaliosas, y el balance riesgo/beneficio pendula de un extremo a otro. La toma de decisiones se complejiza, porque el paciente y la familia generalmente se encuentran claudicados, muchas veces los deseos de unos y otros se confunden, oponen y/o entremezclan. Asimismo, el equipo de salud también se siente muchas veces superado e incapaz de dar la respuesta que el paciente desea escuchar; una incapacidad que no es personal o que no responde a la falta de experticia, sino a que los límites entre lo permitido y lo prohibido, entre la intención, el deseo, los medios y el objetivo son difusos

.....

(6) ZAMORA CALVO, ALICIA, “El enfermo terminal y la muerte”, en *Revista Bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 5, n° 2, [en línea] http://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/paliativos/ENFERMO_TERMINAL_Y_LA_MUERTE.pdf

y poco claros.⁽⁷⁾ Garantizar tanto la autonomía (la libertad en la decisión) como la autenticidad (que la decisión responda a los valores propios del paciente) se transforma así en una tarea ciclópea y utópica.

En esta particular etapa, las alternativas que se nos presentan abarcan un amplio abanico de posibilidades, algunas totalmente legales, otras, aunque posiblemente legítimas, autóctonamente ilegales.

La dignidad de la muerte trae consigo los conceptos de tratamientos extraordinarios, desproporcionados y/o fútiles. Decimos que los tratamientos son extraordinarios cuando suelen salir de la norma que regula e indica su aplicación, refiere a un método excepcional. El problema fundamental con esta categoría es que la característica de “extraordinario” ante los avances científicos que se van desarrollando con suma rapidez suele quedar superado rápidamente. Lo que ayer era un método extraordinario, hoy se ha vuelto un método ordinario de tratamiento. Frente a ello, se sugiere hablar de tratamiento proporcionado, que es aquel que respeta la adecuada relación “riesgo/beneficio”. Ese balance tiene en cuenta tanto la finalidad que se procura alcanzar con el tratamiento instituido como la variable de si las cargas que impone al sujeto no superan o anulan el beneficio que se intenta obtener. Finalmente, podemos decir que el tratamiento fútil es aquel tratamiento inútil, que no cumple con sus expectativas, aun cuando no se trate de un método extraordinario ni desproporcionado.

No comparto, en lo personal, el concepto de “muerte digna”. La muerte es un hecho: el evento final del proceso de vivir. No es digna ni indigna. Pasa. Sucede. A mi entender, el concepto de “digno” o “indigno” se predica y caracteriza al proceso de vivir y al proceso de morir. Pero, además, el concepto de dignidad —amén de ser polisémico— nos introduce en valoraciones netamente subjetivas, así como la misma noción de calidad de vida. Digno e indigno, en este sentido, no son conceptos apriorísticos que se aplican acríticamente a toda situación, sino que su contenido es dado por el propio individuo en su particular circunstancia vital, única e intransferible.

Y así nos introducimos en el concepto bioético de “dilema”. Dos o más opciones médicamente legítimas pero necesariamente excluyentes. Y el

(7) CIRUZZI M. S., *op. cit.*

fiel de la balanza solo podrá inclinarse por aquella que el propio paciente, conforme sus principios y valores personales, considere la más idónea. La vida deja de ser, así, un derecho biológicamente absoluto, para pasar a ser enmarcada en la valoración subjetiva individual: frente a la cantidad de vida, la libertad y la dignidad (que necesariamente van de la mano) serán los determinantes en la decisión. Es que al final de la vida, frente al proceso patológico incurable e irreversible, no tenemos solución, solo algunas (pocas) opciones.

3.1 | La adecuación de tratamientos

Una de las primeras medidas médicas que se presentan, en particular, al final de la vida, consiste en la posibilidad de ir adecuando los procedimientos de soporte vital a la evolución del proceso patológico de cada paciente. La terminología que se suele emplear presenta muchas veces una carga negativa: “limitar tratamientos” o “limitar el esfuerzo terapéutico” da la idea de que el profesional de la salud no hará todo aquello necesario para la mejor atención del paciente. Por ello, preferimos la expresión “adecuación de tratamientos”. Esta medida constituye una decisión lícita en aquellas situaciones en que la praxis médica indica que el tratamiento instaurado es fútil o desproporcionado en relación con el objetivo terapéutico (cuando ya no se puede curar el énfasis debe estar puesto fundamentalmente en el confort y el tratamiento de los síntomas) con la finalidad de respetar el mejor interés del paciente. La literatura médica define al **soporte vital** como “toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente **para retrasar** el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o proceso biológico causal”.⁽⁸⁾

Decidir la adecuación de un tratamiento determinado (ya sea absteniéndose o retirándolo, se trate de un respirador, diálisis, antibiótico, etc.), no significa que el paciente va a ser abandonado a su suerte, ni que carezca de toda asistencia médica. Este concepto de “adecuación terapéutica” es hoy inevitable frente al imperativo tecnológico que, constantemente, corre el límite de lo posible. Su no observancia lleva a la mala praxis contraria, conocida como “encarnizamiento u obstinación terapéutica”.

.....

(8) En el portal de *The Hastings Center*, [en línea] <http://www.thehastingscenter.org/>

En este sentido, y desde los novedosos aportes de la bioética, la vida, en su dimensión meramente biológica, no es un valor absoluto. Se considera que una persona determinada puede sopesar el tiempo de vida que le queda por transitar, respecto de otros valores, como la dignidad, la libertad, la integridad, la calidad de esa vida. La conclusión de este razonamiento es que la vida biológica es "condición necesaria" pero "no suficiente" para la vida humana. El bien jurídico protegido deja de ser simplemente "la vida", para pasar a ser una vida adjetivada: vida biográfica, es decir, la vida biológica definida en un aquí y ahora circunstanciado, personal y único.

Por todas estas razones, cuando hablamos de adecuación de tratamientos, nos estamos refiriendo a situaciones totalmente lícitas, reguladas por la *lex artis*. Por eso recalamos que no hay conducta criminal alguna: el médico no suspende o se abstiene de iniciar el tratamiento con la intención de procurar la muerte del paciente (homicidio doloso), sino porque considera que ese no es (o ha dejado de ser) el tratamiento adecuado porque no reporta ningún tipo de beneficios para el enfermo y resulta gravoso de más. No existe siquiera un dolo eventual: la muerte no se produce como consecuencia del retiro/abstención del soporte vital, sino como consecuencia de la propia evolución de la patología del paciente. No hay un homicidio culposo: si la limitación del soporte vital se realiza conforme las reglas de la *lex artis*, no existe ni imprudencia, ni negligencia, ni impericia ni inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo. La conducta del médico, en este sentido, no ha creado ni aumentado el riesgo (de muerte) para el bien jurídico. Y el resultado (la muerte) —aunque en cierta medida postergable— no le es evitable. Tampoco se puede hablar de ayuda o instigación al suicidio: ni la voluntad del médico, ni la del paciente y/o sus representantes legales, está encaminada a procurar el suicidio; simplemente se limita a reconocer cuándo un tratamiento determinado resulta fútil y no beneficioso para el paciente, ejercitando el derecho a no iniciar y/o terminar y/o modificar el mismo. No existe tampoco un abandono de persona: lo que se decide "abandonar" es un tratamiento que ningún beneficio aporta al paciente y que en nada puede evitar la evolución de la correspondiente patología hacia el desenlace final (la muerte).

Resta destacar que la adecuación (limitación) de soporte vital es lo que técnicamente se conoce como ortotanasia y nada tiene que ver con la

eutanasia (ni activa ni pasiva) —simplemente recordemos que la eutanasia es, desde el punto de vista jurídico, un homicidio piadoso consentido—. Como dijimos, en la adecuación de tratamiento se decide dejar de lado una terapéutica que no produce ningún beneficio al paciente y/o que inclusive le provoca mayores sufrimientos, pero no se procura la muerte del enfermo.⁽⁹⁾

Hay que tener en cuenta que si, en efecto, existen amplios espacios éticamente legítimos para el ejercicio de la profesión médica, porque se le ha dado a los médicos el permiso de curar, hay igualmente formas de tratamiento ilícitas, porque curar no quiere decir prolongar los sufrimientos ni la vida biológica a cualquier costo. Así como está prohibido acelerar la muerte de un individuo, de la misma manera está prohibido atrasarla por medios artificiales cuando el propio paciente (o su subrogante natural) considera que la calidad de vida que se le ofrece pone en entredicho su propia dignidad.

En consecuencia, no existe ningún obstáculo legal para que los médicos decidan adecuar (limitar) el soporte vital en un paciente, siempre que se respete la autonomía del mismo, se brinde la información adecuada y completa a los fines de obtener su consentimiento informado, y se realice conforme las reglas del arte que así lo regulen.

Consideramos⁽¹⁰⁾ que la decisión de adecuación de tratamiento debe ser encuadrada en el principio, correctamente técnico y moralmente ético, de la proporcionalidad de las acciones médicas, para evitar el empecinamiento terapéutico y el tratamiento infructuoso. Es, sin dudas, un proceso complejo que supone tomar en cuenta el diagnóstico de la enfermedad, su irreversibilidad, su pronóstico, la calidad de vida esperable, el deseo y necesidades del paciente, todo ello enmarcado en aspectos culturales, sociales y religiosos del paciente y su familia. Esta decisión puede comprender, a título meramente ejemplificativo, el acuerdo de no reanimar en caso de paro cardiorrespiratorio, no iniciar tratamientos desproporcionados

(9) CIRUZZI, M. S., "La limitación del soporte vital frente al derecho penal", en Mario C. Tarrío (dir.), *Debates en torno al Derecho Penal*, 1ª ed., Bs. As., Cathedra Jurídica, 2007.

(10) CIRUZZI, M. S. y SELANDARI J. O. et al., "Estudio descriptivo de la opinión de miembros de la justicia nacional en lo penal y civil (familia), en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría", en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, n° 9, Abeledo-Perrot, septiembre 2013.

(drogas vasoactivas, asistencia respiratoria mecánica, nutrición parenteral o enteral) o suspender un tratamiento de soporte vital (asistencia respiratoria, hidratación y nutrición artificial). Es cierto que para el equipo de salud resulta más moralmente desafiante interrumpir un tratamiento que decidir abstenerse de iniciarlo. El profesional suele dotar de una significación psicológica/emocional distinta a la acción de abstención frente a la acción de interrupción. Esta última opción no suele ser aceptada fácilmente por el equipo de salud —en líneas generales— porque la proximidad de la muerte del paciente a la interrupción del soporte parecería imponer la autopercepción médica de “causa” de la muerte, aun cuando su intención **no es** causar la muerte. Debemos recordar que la interrupción de tratamiento consiste en suspender una terapia médica, mientras que la abstención supone no iniciar un determinado procedimiento. Desde el punto de vista jurídico y bioético existe consenso en que ambas conductas tienen exactamente la misma relevancia.⁽¹¹⁾ Nuestra conducta debe estar orientada tanto a hacer aquello que está indicado como a evitar aquello que no corresponde. Por ello resulta necesario trabajar más en los diferentes conceptos de causalidad, intención y producción, de modo de facilitar la toma de decisiones no solo en la limitación del tratamiento en general sino, más específicamente, en las acciones de interrupción y abstención como entidades con la misma significación bioética y jurídica. Asimismo, debe profundizarse el entendimiento y comprensión en la toma de decisiones, en tanto proceso complejo y no meramente racional,

(11) BEAUCHAMP, T. y CHILDRESS, J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6ª edición, Nueva York Oxford University Press, 2009, pp. 172/190; BROCK, D.; “*Forgoing life-sustaining food and water: is it killing?*”, en Lynn J., *By no extraordinary means, Expanded*, Ed. Blomington, Indiana University Press, 1989, pp.117/131; CIRUZZI, M. S., “La limitación del soporte vital frente al Derecho Penal”, *op. cit.*; COMITÉ NACIONAL DE TERAPIA INTENSIVA PEDIÁTRICA, “Consenso sobre recomendaciones acerca de la limitación del soporte vital en terapia intensiva”, en *Arch.argent.pediatr*, n° 97 (6), 1999, [en línea] http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/1999/99_411_415.pdf; HOWELL, J. H.; SALE, W. F. (eds.), *Life choices. A Hastings Center Introduction to Bioethics*, 2ª edición, Nueva York, Georgetown University Press, 2000; WASHINGTON, KUHSE H.; SINGER y P., *Bioethics. An Anthology*, 2ª ed., Blackwell Publishing, 2006, pp. 281/297; LO, B., “*Resolving Ethical Dilemmas. A guide for clinicians*”, en *Confusing Ethical Distinctions. Withdrawing and withholding interventions*, 4ª ed., Baltimore, Wolters Kluwer Health - Lippincott. Williams & Wilkins, 2009; DORNBRAND, L., “*Family decision making on trial: who decides for incompetent patients?*”, en *N Engl J Med*, 1990, pp. 1228/1231; MEISEL A., “*Legal myths about terminating life support*”, en *Arch intern Med*, 1991, pp. 1497/1502; MEISEL A., *The Right to Die*, 2ª ed., Nueva York, John Wiley & Sons; 1995; NIÑO L. F., *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Bs. As., Ed. Universidad, 1994; PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, “*Deciding to Forego Life-Sustaining treatment*”, Washington DC, US Government Printing Office, 1983, pp. 73/77.

sino también emocional, que afecta no solo al paciente y su entorno afectivo, sino al equipo asistencial mismo, requiriendo distintos “tiempos” en cada uno de los involucrados para aceptar aquello que resulta evidente y adecuadamente necesario desde el proceso natural de enfermedad, pero para lo cual ni la formación profesional ni la experiencia personal nos ha preparado.

Este concepto que proponemos fue incorporado por la autodenominada “Ley de Muerte Digna” a la Ley de Derechos de los Pacientes. Si bien entendemos que la técnica legislativa no ha sido la más idónea, ya que se confunden, por un lado, la indicación médica de adecuación de tratamiento, y por el otro, el derecho personalísimo a la autonomía bioética del paciente, en tanto expresión de su aceptación o rechazo de los tratamientos médicos, creemos que fue un paso importante en el reconocimiento de la existencia de estos derechos en el final de la vida.

3.2 | Los cuidados paliativos

Es cierto que la primera obligación médica es curar, pero cuando la salud ya no puede ser repuesta, cuando la enfermedad ya no puede ser combatida, aún tenemos muchas herramientas a mano para garantizarle al paciente un digno cuidado y su mejor calidad de vida. Paliar el dolor, confortar al paciente y su familia, acompañarlos en el tránsito a la muerte, suelen ser otros tipos de tratamientos que muchos profesionales de la salud desdeñan como menores y/o sin importancia. Sin embargo, nuestra experiencia marca que dichas medidas suelen ser altamente idóneas y valiosas para el paciente y su familia, y que contribuyen a disminuir la angustia que tal situación produce en todos los actores.

Debemos tener presente que los pacientes tienen otras preocupaciones que se desarrollan paralelamente a la de simplemente intentar prolongar sus vidas. Sus prioridades fundamentales incluyen, además de evitar el sufrimiento, estar con sus seres queridos, tener contacto con otras personas, estar conscientes y no convertirse en una carga para los otros. Nuestro sistema centrado en la tecnología médica ha fracasado en satisfacer estas necesidades, y el costo de este fracaso se mide más allá de un puñado de pesos. La cuestión más difícil que enfrentamos en este sentido no es cómo cubrir los gastos del sistema, sino cómo podemos construir un

sistema asistencial que realmente ayude a los pacientes murientes a alcanzar aquello que es más importante para ellos al final de sus vidas.

“Tratar” al paciente no significa —en este planteo— ya solo curarlo; implica tomar en cuenta la multidimensión del hombre, sus variadas facetas, su completa complejidad para poder darle una respuesta total y plenamente abarcadora a la situación de enfermedad que vivencia. Evitar el sufrimiento (físico, psíquico, moral y espiritual) se transforma en un objetivo principal de los **cuidados paliativos**: dar preeminencia a la calidad (subjetiva) de vida por sobre su cantidad es su consecuencia necesaria.

Los cuidados paliativos aparecen, en este escenario, como una filosofía sincrética, secular y humanista: el paciente deja de ser un conjunto de órganos que no funciona adecuadamente, para ser reconocido como un ser humano en estado de padecimiento, que necesita hallar una respuesta integral y holística, que cuaje como un guante, un traje a medida único y personal. Su experiencia vital es, así, única e intransferible, como lo será el tratamiento que los cuidados paliativos le ofrecerán. Entre ellos, se redimensiona la presencia afectiva y el entorno familiar: internación domiciliaria por sobre la internación hospitalaria, dentro de un ámbito continente y propio, donde el paciente pueda mantener —a pesar de su enfermedad— su cotidianidad. El rol determinante y fundamental de los cuidadores, más allá del personal profesional especializado, cobra una nueva significación: entrenamiento, compromiso y entrega sobre el común denominador del afecto y las relaciones personales.

Frente al paciente muriente, nuestra obligación —como equipo de salud— es relacionarnos con los pacientes como seres humanos que son y como son, con su propia cosmovisión, con sus miedos y dudas, guiándolos, acompañándolos en esa etapa vital y respetando su dignidad. Morimos solo una vez. No tenemos experiencia en el tema, no hemos experimentado nuestra propia muerte con anterioridad, por eso, cuando ya no podemos curar, nuestro deber es hacer que la muerte sea un proceso vital en el cual el paciente pueda “reencontrarse” con su ser y con sus afectos, otorgándole valor a esa experiencia trascendental y ayudando al paciente a que le dé una significación particular e intransferible a su propia vida y a su propia muerte.

Cuando la evolución de la patología no permite ya curar —porque la ciencia aún carece de las herramientas necesarias para ello— los cuidados

paliativos entran en escena para brindar al paciente (y su familia) una respuesta amplia y abarcadora de todo su ser, de sus necesidades, temores y dudas, proponiendo un giro copernicano en el significado de la palabra “tratamiento” y ayudándolo a transitar este último estadio de vida de la manera más plena y digna posible.

El movimiento de cuidados paliativos fue creado por Dame Cicely Saunders y su propuesta se planteó —en principio— como la vía intermedia entre tratamientos agresivos para prolongar la vida y el recurso más radicalizado a la eutanasia o al suicidio asistido como única alternativa. Acepta la muerte como fin natural de la vida. Sus defensores consideran que, con los cuidados adecuados, los pacientes pueden morir sin dolor, en paz y con dignidad. Los cuidados paliativos tratan de manejar los inconvenientes físicos que la enfermedad produce y encuentran que los últimos días y semanas de vida de una persona pueden resultar su etapa más significativa. Pero también resignifican el concepto de calidad de vida y de enfermedad en tanto ya no solo plantean un “buen morir” sino, primordialmente, un “bien vivir” del enfermo.

En relación al miedo a la pérdida de control que los pacientes en estadio terminal experimentan, los cuidados paliativos siempre pusieron el acento en los derechos de las personas competentes para aceptar o rechazar tratamientos de sostén vital, así como en la importancia de las directivas médicas anticipadas, en una defensa de la autonomía individual. Otra de sus características consiste en promover la comunicación abierta y honesta con sus pacientes y sus familias, involucrando al enfermo y su entorno en las decisiones médicas. En este sentido, para los paliativistas la familia cumple un rol fundamental. Se trabaja con ella —médica, psicológica y espiritualmente— para que acompañe y provea un respaldo al familiar enfermo.

La Organización Mundial de la Salud ha definido a los cuidados paliativos como

los cuidados apropiados para el paciente con una enfermedad avanzada y progresiva donde el control del dolor y otros síntomas, así como los aspectos psicosociales y espirituales cobran la mayor importancia. El objetivo de los cuidados paliativos es lograr la mejor calidad de vida posible para el paciente y su familia. La medicina paliativa afirma la vida y considera el morir

como un proceso normal. Los cuidados paliativos no adelantan ni retrasan la muerte, sino que constituyen un verdadero sistema de apoyo y soporte para el paciente y su familia.

Al hablar de cuidados paliativos no nos estamos refiriendo a ayudar a la gente a morir sino, más precisamente, a vivir plenamente —aún en su enfermedad—, a vivir de la forma más digna y confortable posible, poniendo el acento más en la calidad de vida que en la cantidad y respetando en todo momento sus derechos fundamentales. Estamos proponiendo revalorar la muerte como parte de la experiencia vital de cada uno de nosotros, dotándola de significado y trascendencia, y experimentándola en compañía de nuestros afectos, sin temor y sin dolor.

La obligación de respetar y proteger la dignidad de las personas con enfermedad terminal deriva de la inviolabilidad de la dignidad humana en todas las etapas de la vida. El respeto y protección encuentra su máxima expresión en proporcionar un medio adecuado que permita al ser humano morir con dignidad a través del tratamiento del dolor físico y de la consideración de las necesidades psicológicas, sociales y espirituales. Una medicina reconocedora de la dignidad del ser humano debe comprender que solo se ayuda a las personas en fase terminal con cuidados omnicomprensivos, que abarquen los niveles bio-psico-social y espiritual del ser.

Respetar la dignidad de la persona impone seguir la máxima kantiana de tratar a todo ser humano como un fin en sí mismo, y no como un mero instrumento. No hay duda de que nuestra filosofía constitucional adscribe a una noción personalista de la dignidad, característica perteneciente a todo ser humano por el hecho de serlo; consideración y respeto a su ser; o —como bien afirma la Unesco— “el derecho a ser hombre”. Esa dignidad intrínseca u ontológica jamás se pierde, no importa cuán miserable podamos sentir que es nuestra vida. No importa cuán graves o menospreciables o condenables puedan ser nuestros actos, merecemos —de parte de los demás, ya sea el Estado o los particulares— un trato digno, aún más, en el final de nuestra vida. Ello supone evitar el encarnizamiento o empecinamiento terapéutico, la aplicación de tratamientos fútiles y/o altamente agresivos o invasivos, y la opción por aquellas medidas terapéuticas que más y mejor respeten la autonomía y dignidad del paciente, y que resulten menos intrusivas y gravosas, orientadas a proveer de una

adecuada calidad de vida al enfermo. Tal objetivo, necesariamente, requiere de un enfoque multi/inter/transdisciplinario, para abordar al ser humano en toda su magnífica complejidad, brindándole la respuesta más adecuada que mejor respete su interés personal y el de sus afectos.

Vistos de esta manera, los cuidados paliativos dejan de ser una rama más del arte de curar, para transformarse en una opción real de tratamiento al final de la vida, en un derecho humano básico que sintetiza el derecho a la salud, el derecho a la vida y el derecho a una muerte con dignidad.

3.3 | El derecho a morir

No existe ningún derecho más inviolable, ni más cuidadosamente guardado por la ley, que el derecho del individuo a controlar su propia vida, libre de todo impedimento o interferencia por parte de terceras personas. Si se le brinda al ser humano el derecho a elegir cómo será su vida, ¿por qué otros han de dictaminar cómo debe morir?

¿Podemos entonces afirmar que existe un “derecho a dimitir a la vida”?⁽¹²⁾ Conforme Gisela Farías:⁽¹³⁾

... bajo particulares circunstancias, solo es posible salir de la captura que produce el deseo del Otro, de la alienación, ‘re-cortándose’, diciéndole un no a la ley del Otro. Aunque el único modo sea con la propia muerte. Esta decisión produce horror. No solo por testimoniar la elección de la muerte, sino porque en esa elección el sujeto muestra que es capaz de abandonar, de sustraerse a la demanda de los otros. Se aparta de los que le exigen que luche, que siga viviendo, que acepte una ley ajena y elige la muerte en defensa de su libertad (...) ese Otro puede tomar variados nombres: la medicina, la familia, el Otro social, etc. La condición humana —según Lacan— supone la libertad de morir; hablar de libertad implica una responsabilidad ética, en tanto que es hablar, necesariamente, de la condición humana

(12) PÁNIKER, SALVADOR, “Prólogo”, en Thévoz, M.; Jaccard, R., *Manifiesto por una muerte digna*, Barcelona, Kairós, 1993.

(13) FARIÁS, GISELA, *Muerte Voluntaria*, Bs. As., Astrea, 2007.

en relación con la muerte (...) La idea de que la vida debe estar por encima de cualquier otro bien o de que es un valor intrínseco, en el modelo de construcción de la subjetividad que se viene desarrollando, expresa el grado de sujeción de un individuo al discurso de los padres, de la cultura o de la religión.

Estas situaciones nos enfrentan con el dilema de decidir brindar sustento legal a la eutanasia y al suicidio asistido y a cuál sería el criterio más justo para legitimarlos. ¿Es solo el sufrimiento asociado a enfermedades terminales o incurables, o se incluirá también al sufrimiento intratable en sí mismo (físico, psíquico o existencial), independientemente de la patología en la cual se presente? ¿Cómo articular los principios bioéticos en las cuestiones al final de la vida frente a conductas que el mismo derecho penal sanciona como ilícitas? No debe olvidarse que la eutanasia es el homicidio piadoso consentido —esto es el procurar la muerte del paciente—, a su propia requisitoria y con su consentimiento, con la finalidad de evitarle el sufrimiento —para él, intolerable—. Tipifica para nosotros un homicidio simple, previsto por el art. 79 CP. El suicidio médicamente asistido refiere al acto intencional de ayudar a un paciente a producir su propia muerte, a su pedido; conducta prevista por el art. 83 CP. Sin perjuicio de la posibilidad de meritar la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad en estos casos particulares, en tanto inexigibilidad de otra conducta, lo cierto es que la amenaza penal aparece en el horizonte médico como disruptiva, y paraliza e inhibe la toma de decisiones por el temor legal a las repercusiones jurídicas de su conducta.

Según John Stuart Mill:⁽¹⁴⁾

el hombre que permite al mundo elegir por él su plan de vida, no tiene más necesidad que de la facultad de imitación de los simios. Pero aquel que escoge por sí mismo pone en juego todas sus facultades. Debe emplear la observación para ver, el raciocinio y el juicio para prever, la actividad para reunir los elementos de la decisión, el discernimiento para decidir y, una vez que haya decidido, la fortaleza y el dominio de sí para mantenerse en su ya deliberada decisión.

(14) MILL, JOHN S., *Sobre la libertad. El utilitarismo*, [en línea] <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>

Por su parte, Feinberg⁽¹⁵⁾ expone esta paradoja del siguiente modo: "Si el individuo que solicita que lo dejen morir goza obteniendo lo que desea, entonces no está deprimido y por lo tanto no tiene razón para morir. Si no se alegra, entonces es que tanto no quería morir. Ergo: no puede querer morir en ningún caso".

En nuestro país, ni la eutanasia ni el suicidio asistido están autorizados legalmente. Sin perjuicio de ello, entendemos que sería socialmente conveniente su regulación de manera de evitar los abusos que la ilegalidad implica. Una regulación legal podría hacer mucho para garantizar que la decisión no sea tomada con desesperación. El paciente tiene derecho a interrumpir su tratamiento o incluso a terminar con su vida, pero la ley deberá garantizar que tome la decisión lo más autónomamente posible.

Reflexionando sobre esto cabe preguntarse cuál es el papel de la ley en una sociedad: la ley es creada por el hombre para su beneficio, para lograr una convivencia armónica en sociedad, protegiendo a los individuos ya sea colectiva o individualmente, y garantizando un sustrato mínimo que proteja la convivencia social. Por lo tanto, parecería ilógico sostener que la misma ley puede ir en contra de la voluntad de un individuo que, en determinadas circunstancias, quiere poner fin a su propia vida, ya sea por mano propia o permitiendo a otro que lo mate o ayude a concretar la muerte, o de quien simplemente no quiere ser actor consciente de su propia muerte.

Las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales se han ejercido por miles de años y existen fuertes argumentos que apoyan o se oponen a las mismas. Los que las defienden sostienen que un paciente terminal tiene derecho a imponer su autonomía para eximirse de sufrimientos extremos provenientes de una enfermedad terminal. Los que se oponen dicen que provocar la muerte de un paciente terminal no es ético ya que esto se contrapone con los principios fundacionales de toda sociedad y también con los de la práctica de la profesión médica. En los últimos años la discusión se ha intensificado en muchas partes del mundo luego de la legalización de la eutanasia y del suicidio asistido en algunos países (como Holanda, Bruselas, Suiza). La discusión pública de las prácticas

(15) FEINBERG, JOEL, "Voluntary euthanasia and the inalienable right to life", en *Philosophy and Public Affairs*, n° 2, invierno, 1978.

relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales es muy escasa en nuestro país. Es necesario comenzar un profundo debate acerca de cuáles deben ser las respuestas de la sociedad y de los médicos ante pacientes terminales que piden la muerte.⁽¹⁶⁾

Los que se oponen a las prácticas relacionadas al fin de la vida de pacientes terminales aducen que ayudar a un paciente a morir es una forma de abandono; insisten en que el médico debe transitar la última parte de la vida del paciente como un testigo y no como un verdugo. El establecimiento de normas para la eutanasia significaría, según sus opositores, la legalización de una forma de homicidio y la violación de los preceptos básicos del juramento hipocrático. Se afirma que el manejo inadecuado de síntomas, principalmente el dolor, induce a muchos pacientes a desear la muerte y que, además, el tratamiento del dolor en los pacientes hospitalizados es muchas veces inadecuado. Se sostiene también que la depresión es altamente prevalente en el enfermo muriente; muchos pacientes que expresaron deseos de morir, dejan de hacerlo luego de algún tiempo de tratamiento con fármacos antidepresivos o con apoyo psicoterapéutico. Los opositores a la eutanasia declaran que la verdadera solución no radica en acelerar la muerte sino, principalmente, en mejorar sustancialmente la calidad de vida de los enfermos terminales mediante intervenciones médicas racionales. Por otro lado, existe el temor a que ciertos pacientes concededores de la legalidad de la eutanasia, especialmente los grupos más vulnerables, se muestren reticentes a recibir tratamiento o soliciten eutanasia por el miedo a que los médicos aceleren su muerte sin su consentimiento.⁽¹⁷⁾ Estos serían, principalmente, los más pobres, los ancianos, las minorías raciales, los discapacitados, los adictos, los alcohólicos y los portadores de HIV. De este modo, muchos autores comparan la eutanasia con una "pendiente resbaladiza", con consecuencias indeseables tales como la devaluación misma de la vida humana, la cual sería selectiva para los más desprotegidos. Asimismo, la legalización de la eutanasia colocaría a los pacientes en una situación difícil ya que podrían verse presionados a solicitarla para aliviar el sufrimiento de su propia familia. De este modo, se plantean fuertes razones ético-morales en contra de la eutanasia.

(16) PRZYGODA, PABLO, "La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países", [en línea] http://www.medicinabuenaosaires.com/revistas/vol59-99/2/v59_n2_195_200.pdf

(17) En *Medicina*, vol. 59, n° 2, 1999.

Conforme la visión kantiana, los seres racionales son fines en sí mismos; por lo tanto, no puede privárseles de su vida excepto en defensa propia. Además, la decisión eutanásica es irreversible, elimina las posibilidades de que el paciente mejore, o de que un descubrimiento imprevisto pudiera salvar la vida de un paciente considerado hasta ese momento terminal. Al matar, se cierra automáticamente esta opción. Si bien cada individuo es dueño de su propia vida, los opositores a la legalización de la eutanasia sostienen que el derecho a ser matado se contrapone con principios éticos superiores de la sociedad. Así, la limitación de la autodeterminación de los pacientes sería el costo necesario para asegurar la protección de la vida del hombre, y por lo tanto, el interés público (o de la mayoría) se impone sobre el particular, en una clara visión utilitarista que entiende que el Bien Común se realiza en la medida que la sociedad proteja la vida de todos los individuos, independientemente del deseo personal de cada uno, o aún más, a pesar del deseo personal en contrario.

Por su parte, los argumentos que enarbolan los que están a favor de la legalización de la eutanasia son principalmente dos. El primero que surge es el de respeto a la autonomía o autodeterminación de cada individuo: todo ser humano capaz y racional tiene derecho a tomar decisiones relativas a su vida basándose en sus propios valores y creencias, aun cuando ellas impliquen atentar contra su propia vida. El segundo argumento es el de la eliminación del sufrimiento: a pesar de que muchos síntomas (dolor, disnea, vómitos) pueden ser eficazmente aliviados con dosis convencionales de fármacos, en ciertos casos esto resulta imposible. Cuando no existe esperanza alguna de recuperación, el paciente tiene derecho a morir dignamente y a evitarse penurias e indignidades innecesarias. A ello cabe agregar que la decisión autónoma de un enfermo no puede supeditarse a futuras evoluciones de la ciencia médica y del conocimiento científico. La decisión siempre se corresponde a una circunstancia orteguiana, a un yo circunstanciado, emplazado en un aquí y ahora específico y particular de un ser humano. No se nos permite, en consecuencia, oponerle el arte de la adivinación o hacer futurología. A estos argumentos, se añade un elemento más: si públicamente se aplaude y se honra al mártir, a aquel que da su vida por los demás o por su patria, si tales muertes voluntarias son alabadas y encomiadas: ¿por qué razón debería considerarse negativa la opción por la propia muerte cuando ya no se desea vivir?

Es indudable que el primordial derecho que puede asistir hoy a todo ser humano es el de la vida, pero cuando este se ve afectado por unas condiciones de salud lamentables que llevan a quien las padece a verse recluido en una unidad de cuidados intensivos, de la que no se sabe si saldrá, y donde su existencia está en la cuerda floja y en el futuro dependerá de medios exclusivamente tecnológicos —por ejemplo, de su conexión a máquinas como el respirador artificial—, cabe preguntarse si se está cuidando la vida o prolongando la agonía que nos puede llevar a la muerte. O, aún más, si el paciente ya no desea vivir —incluso cuando la ciencia le pueda brindar chances ciertas de momentánea mejoría—, si considera que la vida ha perdido todo valor y significado para él, ¿debemos obligarlo a continuar con esa vida que considera disvaliosa, sufriente, insignificante? Este derecho a que se le reconozca a la persona la posibilidad de disponer de su propia vida en situaciones especiales simplemente por la dignidad que éste puede tener, el reconocerle a un ser humano la posibilidad de definir qué hacer con su vida es respetar la humanidad del otro (su humanidad), es el respeto de la libertad y de la vida propia, y esto nos ayuda a definir qué se entiende por dignidad en la vida y la muerte. En este sentido, se puede argumentar desde el punto de vista de la dignidad humana, la exigencia de instaurar la eutanasia (bajo ciertas condiciones) como una lucha por el reconocimiento del derecho a evitar una muerte indigna, entendida esta como aquella que prolonga inmisericordemente la vida por medios artificiales, en la que la vida se escapa lentamente y se da un apego puramente al cuerpo físico. O tal vez pueda entenderse por dignidad en la muerte aquella que, procurada y ejecutada por el propio sujeto, mira su necesidad de cuidado y compañía en esos momentos finales, evitando el dolor no solo físico, sino principalmente espiritual de una muerte en soledad y con sufrimiento.

Observando al paciente cerca de la muerte, se puede ver la dignidad del mismo desde distintos puntos de vista: a) El derecho a morir es una exigencia ética más que un derecho en toda la extensión de la palabra, y no se refiere al morir en sí, sino a la forma y razones de y para morir; b) Los derechos del paciente son reconocidos por la ley, y se pueden tomar como criterio moral de la ética del morir. Y el contenido que tiene esta resolución, supone una serie de exigencias que han de ser realizadas por parte de la sociedad: atención al moribundo para aliviar el dolor y prolongar una buena calidad de vida; estar verídicamente informado sobre su enfermedad; conocer y recibir explicaciones sobre costos de su tratamiento;

y derecho a que su voluntad personal sea respetada, todo a través de un Comité de Ética Hospitalario. En este marco, el morir dignamente sería entonces el morir libre de dolor, con los analgésicos y tranquilizantes necesarios para el desasosiego y con el suministro de medicamentos que se requieran contra las incomodidades que se puedan presentar, eliminando en lo posible el sufrimiento de toda índole, siendo respetado y tratado como ser humano, protegiendo la autonomía y libertad, respetando la dignidad del moribundo. El médico debe preservar al ser humano integral y no solamente una mera existencia física sin ninguna importancia ni valor para el propio sujeto. Esto sucede no solamente cuando se verifica una enfermedad grave e incurable, sino también en aquellos casos en los cuales la decisión es adoptada frente a la disponibilidad del sujeto para seleccionar varios proyectos alternativos de vida, para lo cual el Estado debe prever la disposición de esos “proyectos alternativos” cuando el individuo carece de los medios para hacerlo. Esto quiere decir que el derecho no puede ir más allá de la decisión individual de quien, pese a tener todas las posibilidades a su alcance, considera que su vida sigue careciendo de sentido; hasta ese punto no llega la protección penal de la vida. Para decirlo más claramente a través de un ejemplo, el Estado tiene el deber de auxiliar al suicida, pero no puede prohibirle el suicidio.

4 | La autorización judicial

“El último poder o derecho de una persona es decir que no”

Jean Paul Sartre

Entendemos que el acto médico se desenvuelve entre dos actores principales: el médico (equipo de salud) y el paciente, quien es acompañado —en la mayoría de los casos— por integrantes de su círculo familiar y afectivo. El acto médico queda amparado por el art. 19 CN, en tanto conforma una de las tantas expresiones del derecho a la intimidad del sujeto, en lo que representa de “proyecto de vida” elegido por él mismo. La obligación del Estado consiste en garantizar a sus ciudadanos la posibilidad de desarrollar su propio proyecto de vida con independencia de las consideraciones personales, morales, éticas y filosóficas que el mismo puede ofrecer y con el único límite de que ese proyecto propio no interfiera ni violente derechos de terceros.

Entre los requisitos que debe reunir el tratamiento médico, ya sea curativo y/o paliativo, se destaca el deber del profesional de informar, lo cual comprende la clase, gravedad y necesidad del tratamiento, así como todas las circunstancias a las que el paciente atribuya perceptiblemente importancia para su resolución o que puedan jugar un papel para la toma de su decisión.

Ahora bien, una de las cuestiones más álgidas que se han presentado alrededor de las decisiones médicas al final de la vida está representada por la necesidad o no de contar con autorización judicial.

La relación médico-paciente está basada —fundamentalmente— en el principio de confianza mutua: el paciente deposita sus derechos a la vida y a la salud en manos del médico, quien hará lo mejor que sabe en pos de proteger, cuidar y garantizar esos derechos y/o paliar el sufrimiento del paciente.

Por principio, no se requiere autorización judicial para poder ejercer un derecho —cualquiera que este sea—. La necesidad de intervención judicial se presenta cuando alguno de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico resulta obstaculizado en su ejercicio o desconocido por un tercero.

Resulta una mala práctica médica acudir a la autoridad de un juez cuando médico y paciente están de acuerdo en el tratamiento a realizar, suspender o modificar. Nada debe opinar un juez en aquellos casos que responden al ejercicio de derechos, dentro del marco de licitud y legitimidad reconocido por la propia legislación positiva. Solo en caso de controversia debe acudir a un magistrado. Pero cuando las partes que celebran el acto médico están en un todo de acuerdo acerca de la decisión médica a tomar, esta intervención es totalmente superflua e incorrecta.

Pero también es cierto que muchas veces los jueces se encuentran obligados a intervenir en estos casos solo para evitar que el paciente se vea enredado en una madeja de negativas del equipo de salud tratante y/o de las autoridades del centro médico interviniente. En esos casos sí corresponde que el juez ordene que se respete el derecho del paciente a su propia autodeterminación. Sin embargo, reitero, cuando paciente y equipo de salud están de acuerdo, la intervención del juez resulta una intromisión innecesaria en una conducta privada.

Repetimos: en las situaciones que se presentan en el devenir de la relación médico/paciente, y que son propias del ejercicio de una actividad lícita (el arte de curar) y configuran el ejercicio de un derecho (conductas autorreferentes), el juez solo debe ser llamado a intervenir cuando surge una disputa y/o un conflicto entre los actores de esa relación.

5 | Conclusiones

“Del afán de intervenir sobre lo que está funcionando bien, del excesivo celo por lo novedoso y desprecio por lo viejo, de anteponer conocimiento a sabiduría, ciencia a arte, e inteligencia a sentido común, de considerar a los pacientes como casos, y de hacer la cura de la enfermedad más penosa que la misma enfermedad librada a su curso natural, líbranos Buen Dios”

Sir Robert Hutchison

Los avances tecnológicos,⁽¹⁸⁾ dentro del ámbito de la salud, han permitido mejorar nuestra calidad de vida y servirán, sin duda, para permitir la continuidad de muchas vidas. Pero la obstinación ilimitada del esfuerzo terapéutico puede, en algunos casos, ser considerada fútil y merece de una profunda reflexión para determinar cuáles son los límites de la vida y la intervención médica frente a la muerte. Asimismo, el deseo del paciente en cuanto valorar su propia vida y hasta cuándo continuar con la misma, bajo qué condiciones y requisitos, parece ser un nuevo derecho que despunta como derivado del principio de autonomía. La implementación de medidas desproporcionadas para prolongar la vida de manera artificial y deshumanizada produce una desnaturalización de la actividad médica y dan lugar al denominado “encarnizamiento o empecinamiento terapéutico”.

En este punto, vale aclarar que nos estamos basando en lo que muchos denominan una nueva forma de juridicidad, la que está más atenta al bienestar de la persona, y de los hoy llamados derechos personalísimos —que tienen como hilo conductor, para la resolución de casos concretos, el reconocimiento de los derechos humanos, que a su vez remiten a la dignidad de la persona como valor fundante—. Esta nueva juridicidad pone en cuestión lo que podemos denominar, con otros, “sociedad mecanizada”; es decir, aquella que tiende a sobrevalorar la eficacia de

(18) CIRUZZI, M. S., “Los dilemas al final de la vida: el paradigma bioético frente al paradigma penal”, *op. cit.*

la tecnociencia aplicada a la salud, bajo la hegemonía de una práctica paternalista de la medicina que no resigna su omnipotencia, restringe la autonomía subjetiva y produce una coacción sobre el sujeto de parte de aquellos profesionales del arte de curar o del mismo sistema.

El principio bioético de autonomía, contenido en esta nueva forma de juridicidad, concierne a las decisiones personales autorreferentes y de beneficencia respecto de aquello que contempla el mejor interés del paciente con relación a su salud biopsicosocial. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones es que sustentamos que toda persona tiene el derecho a morir con dignidad y esto debe constituirse en un derecho inalienable. Esa dignidad invulnerable debe considerar la posibilidad de optar por no mantener la vida a través de medios desproporcionados, artificialmente; no hacerlo apelando a tratamientos médicos no paliativos, invasivos e inconducentes que pueden llegar a ser considerados vejatorios por el pacientes o que vulneran sus creencias de tipo social, religiosas y culturales. Esta opción debe realizarla siempre que cuente con el debido conocimiento de la situación que padece, sus alcances y sus consecuencias, estableciendo en forma previa, libre, y fehaciente su voluntad, lo que se conoce como garantía del consentimiento informado. Este tema es de fuerte consideración ética, porque atañe a un acto en el que se pone en juego la autonomía del sujeto, la libertad de su elección y la absoluta responsabilidad sobre ella, constituyendo una opción acerca del ejercicio del derecho de elegir sobre su salud. Esta decisión autónoma debe prevalecer ante fenómenos irremediables, en situaciones de patologías terminales o donde la ciencia no tenga respuesta. Se trata sin más, del respeto a la dignidad humana, resguardando al paciente del llamado “encarnizamiento terapéutico”, esto es, de la prolongación de la agonía cuando se sabe ciertamente que ya no se puede curar o dar vida, sino tan solo retardar el instante natural de la muerte. Frente a ello, priorizamos la autonomía de la voluntad, en el sentido de garantizar el derecho a opción por parte del paciente como respuesta al imperativo tecnológico.

Es cierto que reconocer derechos vinculados a la decisión de la propia muerte supone revisar las concepciones hegemónicas acerca del sentido de la muerte en la condición humana y examinar el alcance de las libertades individuales. Ello debería conducir a reformar e instituir nuevos órdenes legales que reflejen, entre otras cosas, el grado de legitimidad y de aceptación social que pueden tener ciertas conductas controvertidas y optativas.

Los aportes de la bioética han modificado radicalmente el panorama y dominio de las legislaciones nacionales, introduciendo una visión que interpela crudamente a la ley, entendida como expresión general, perenne y universal. La particularidad de los principios bioéticos y la singularidad de su análisis imponen un cambio de prisma en las conductas individuales referidas al cuidado de la salud y la vida. La voluntad del paciente debe considerarse soberana en cuanto a su libre determinación de someterse o no a determinado acto médico. El paciente es el árbitro único e irremplazable de la situación, aun cuando medie amenaza de vida, en función de su derecho personalísimo a disponer sobre su propio cuerpo, que debe ser respetado. En razón de ello, nos hemos interrogado profundamente acerca de si es correcto, ética, moral y profesionalmente imponer obligatoriamente a una persona un determinado tratamiento, invadiendo sus aspectos más íntimos y personalísimos ligados a su intimidad, sus deseos, sus proyectos de vida, su forma de pensar en sí mismo y en los otros. Frente a ello pareciera que la única salida médica es mantener la vida a cualquier costo, sin tener presente cuál es la verdadera dimensión de la vida, y aun en contra de la propia voluntad del sujeto titular de esa vida. Entendemos primordial y fundante garantizar el respeto por el ser humano y su dignidad, al tiempo que creemos que cada vida resulta valiosa *per se*. Pero ello no significa que podamos imponer la obligación de conservar la vida aun contra la propia decisión del paciente. La opción no es "muera sin tratamiento médico" por haber rechazado una terapéutica determinada, sino elegir humanizar la historia de cada persona, en su calidad de ser único e irreplicable, lo que involucra necesariamente su final. El dilema no consiste en permitir o no el suicidio, sino en garantizar al sujeto que, si conforme su propia experiencia vital, sus propios valores y creencias, su vida carece de todo sentido y se ha vuelto una carga para él mismo más que un derecho, puede tener un fin digno, sin mayor dolor, sin aislamiento, sin soledad.

Consideramos que la vida es un derecho, no una obligación. La vida, como tal, presenta un significado esencial solo para su titular, quien lo dota de contenido y valor. Tal significado resulta intransferible y la experiencia vital solo puede referenciarse al propio sujeto. Aquello que resulta tolerable o no, aquello que constituye un valor, solo puede ser aprehendido en toda su dimensión por el propio individuo. El Estado no puede imponer la vida, no puede exigir a la persona que "viva a pesar de ella", ni mucho menos exigirle que tolere aquello que le resulta intolerable. Tal ha

sido el concepto que nuestro sistema jurídico ha receptado: el suicidio no es un delito, la autolesión tampoco, porque se entiende que —más allá del reproche religioso o personal que tales conductas pueden originar— jurídicamente el Estado debe garantizar las decisiones personales que no afecten derechos de terceros, aun cuando las mismas puedan resultar inmorales, disvaliosas, incomprensibles o francamente “irracionales”. El art. 19 CN es claro al respecto cuando garantiza el principio de autonomía jurídica —mucho más amplio, inclusive, que el principio bioético de autonomía y temporalmente anterior— que supone respetar “el derecho a ser dejado a solas” (“*the right to be let alone*”, del derecho anglosajón) en la elección y ejecución de ese proyecto de vida único y personal. Es indiscutible que toda decisión personal repercute en terceros: nuestros afectos, la misma sociedad, se ven conmocionados frente a la opción de uno de sus integrantes que decide ya no seguir viviendo, que reivindica la muerte como último acto de libertad y dignidad. Pero nuestra norma constitucional no limita nuestras conductas autorreferentes en base a sus repercusiones sino solo cuando conculcan derechos de terceros o interfieren arbitrariamente con el proyecto de vida ajeno.

La bioética adjetiva el bien jurídico vida: la relevancia de la protección está dada por la dignidad de esa vida, no por su expresión meramente biológica. En este sentido, debemos interrogarnos acerca de cuáles son los límites de la protección jurídica del bien vida y cuál será la intensidad de esa protección. Debemos analizar si existe para el médico un deber jurídico de garantizar el bien vida más allá de la propia voluntad y libre decisión de su titular.

A nuestro criterio, la autodeterminación y libertad individual de la persona solo deben retroceder en tanto y en cuanto se pudiera ver vulnerada la dignidad humana con la renuncia efectuada al bien jurídico; por lo tanto, corresponde al Estado ser el guardián último de aquella, siempre respetando el principio de intervención mínima del derecho. El derecho, en ningún caso, debe actuar de forma puramente paternalista en orden a la protección de bienes jurídicos, sino que ha de flexibilizar el marco de los objetos de tutela en tal forma que, mediante su consentimiento, el individuo pueda plenamente disponer sobre sus bienes jurídicos individuales, en aras de configurar a la libertad y a la dignidad humana en el núcleo básico e irreductible para la existencia de una sociedad adecuada a los principios constitucionales propios de un estado de derecho.

Desde nuestra visión, se trata de dotar de una cuota de sensatez y racionalidad a las decisiones que, sobre la vida del otro en su etapa final, los médicos a veces se ven impuestos de asumir —en muchas oportunidades, sin ninguna otra referencia que no sea su propia moralidad— y que en el caso concreto, pasan por alejarse de todo vitalismo obsesivo, a partir de la propia definición que el paciente, en su más absoluta lucidez, ha madurado, ponderado y así decidido.

El deseo del paciente respecto de la valoración de su propia vida, y de hasta cuándo y cómo continuar viviendo, es una expresión clara e indubitable del principio de autonomía. Debe recordarse que la vida es un derecho, no una obligación, y que el elemento esencial de la misma es la posibilidad de disponibilidad respecto del bien jurídico. No existe un deber jurídico ni ético de vivir, aun a pesar de nuestro propio deseo. La vida, si bien es uno de los derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, al punto tal que el suicidio no está penado y el mismo Código Penal valora de muy distinta manera el bien jurídico vida, conforme las condiciones que rodean al acto (v.gr. homicidio simple, aborto, homicidio justificado, homicidio en emoción violenta, etc.).

Desde la óptica que proponemos, la vida —en su expresión meramente biológica— no es un bien ontológicamente absoluto. Frente a la cantidad de vida, el propio sujeto podrá ponderar otros derechos e intereses para él mucho más relevantes y merecedores de protección, como pueden ser la calidad de vida, su libertad y dignidad.

El verdadero dilema, al decir de Camus,⁽¹⁹⁾ consiste en determinar si “la vida vale la pena ser vivida”. Y este es un interrogante que solo puede ser respondido en un aquí y ahora circunstanciado propio e intransferible de cada sujeto. La experiencia vital supone no solo el vivir (cómo, cuándo, cuánto), sino también el empoderarse de la propia muerte y reivindicarla como personal. Cuánto de carga intolerable, cuánto de infructuoso es ese “vivir”, constituye una cuestión que únicamente puede ser merituada en toda su magnífica complejidad por el propio sujeto.

Pero también es cierto que abrir el juego a este derecho personalísimo implica discutir el rol del médico, no ya solo como “sanador” o como “dador de vida” sino también como “garante y proveedor de la muerte”.

.....

(19) CAMUS A., *El mito de Sísifo*, Madrid, Aguilar, 2006.

En este orden de ideas debemos preguntarnos si el derecho penal puede inmiscuirse en la esfera de libertad de una persona de manera de tipificar como ilícito aquello que el propio sujeto entiende como su mejor (o única) opción.

La bioética interpela al derecho en general y al derecho penal en particular, cuestionando su propia función como regulador de las conductas humanas y su idoneidad para la resolución de los conflictos de derechos que surgen, por un lado, en la interrelación médico/paciente y, por el otro, en las relaciones personales amparadas —específicamente— por el derecho a la intimidad. Por ello se entiende a la bioética como superadora del derecho penal: modifica su enfoque y sustrae de su dominio aquellas conductas que comprenden un ámbito de libre autodeterminación, de privacidad (en el sentido constitucional del término), pero que confrontan —mas no conculcan— con derechos de terceros, para dotarlas de un marco más respetuoso de los derechos e intereses en juego, que intenta conciliar aquello que —en principio— se presenta como contrapuesto y adverso. De ello resulta la obligación de redimensionar el rol del derecho penal en cuanto regulador de las conductas personales que implican la propia autolimitación de derechos y que —necesariamente— requieren la participación coadyuvante de terceros para poder garantizar la disponibilidad del bien jurídico. Entendemos que, desde este punto de vista que propiciamos, la función del derecho penal debería limitarse a impedir la violación del bien jurídico en aquellos casos en que, arbitrariamente, un tercero intente suprimir la vida del titular contra su expresa voluntad. En las situaciones de libre decisión del titular del bien jurídico, el derecho penal debería ceder su lugar —fundamentalmente— a la bioética para que, en su caso a través mismo de la participación de un Comité de Ética y dentro del marco asistencial, se acompañe al médico y al paciente en el proceso de toma de decisiones que mejor respete la dignidad de la persona, lo cual implica —por propia definición— aquello que el mismo paciente considera responde a su mejor interés.

Frente a ello, surge entonces la necesidad de considerar a las cuestiones al final de la vida como competencia propia del campo de la salud pública, el cual debe ser regulado primordialmente por normas científicas que faciliten el proceso de toma de decisiones, en un marco de intimidad y respeto de los derechos de todos los involucrados.

Historia clínica

por JUAN MANUEL COLLA⁽¹⁾

I | Introducción

Desde hace varios años, la relación médico-paciente ha modificado sus parámetros tal como la conocíamos. Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos que, de aquel modelo **paternalista** de hace algunas décadas en el que el profesional de la salud desarrollaba su profesión ante la fidelidad de su paciente, hemos pasado a una etapa en la cual este último ha ganado mayor protagonismo.

Las causas que permiten que se manifieste tal fenómeno son diversas. Entre ellas podemos mencionar el respeto por la voluntad del paciente, el acceso a la información debido al avance tecnológico (internet), la desaparición del clásico médico de cabecera de las familias y el aumento de la expectativa de vida, entre otros. Así sucedió que ese modelo **vertical** se ha transformado en una dinámica más **horizontal** en la relación.

Como consecuencia de ese cambio, se ve reflejado en la actividad judicial un creciente número de demandas contra profesionales debido a su responsabilidad médica (denominados comúnmente, juicios de **mala praxis**).

En este contexto resulta conveniente analizar un instrumento de trascendental importancia tanto en el ámbito médico como en el plano jurídico. Nos referimos a la historia clínica.

La historia clínica se definió como “la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos, tanto anteriores, personales y familiares,

(1) Abogado (UBA). Profesor Adjunto de Derecho de la Salud (Universidad Abierta Interamericana). Ayudante por concurso de Elementos de Derecho Civil (UBA).

como actuales, relativos a un enfermo, que sirve de base para el juicio acabado de la enfermedad actual".⁽²⁾

Desde el plano etimológico la historia clínica es la crónica de los hechos que sucedieron con los pacientes en la cama.⁽³⁾

La ley 26.529 trata sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Ella fue sancionada y promulgada en 2009 y regula lo concerniente a este instrumento en los arts. 12 a 21. En el art. 12 define a la historia clínica como "el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud".

Estamos en presencia de un legajo identificado con los datos del paciente: nombre, apellido, DNI, domicilio, teléfono, ocupación, anamnesis,⁽⁴⁾ examen físico, familiar o persona a consultar en caso que sea necesario, fecha de ingreso y egreso del establecimiento. En él se asientan todas aquellas actividades tanto del médico como de sus auxiliares. Esta característica de la historia clínica —reunir todos aquellos elementos que hacen a la trayectoria médica del paciente—, se denomina "integridad".⁽⁵⁾

Otra de las particularidades que tendrá este instrumento es la forma en que debe ser confeccionado. Los datos deben reflejarse en forma clara, concreta, completa, precisa y no deben permitirse enmiendas (se debe realizar una línea sobre lo que se desea eliminar dando la posibilidad de leer la escritura que aparece debajo) ni interlineados que den lugar a presunción de anotaciones posteriores, ni claros en la redacción. Tampoco se pueden alterar los registros ni mutilar el documento en todo o en parte. Cada una de las hojas debe ser foliada (numerada) guardando, de esta manera, una ordenada y coherente cronología.

.....
(2) *Diccionario terminológico de Ciencias Médicas*, 10ª ed., Barcelona, Salvat SA, 1968.

(3) Clínica, del griego *klíne*: cama o lecho.

(4) Información recopilada por un médico mediante preguntas específicas formuladas al propio paciente o a otras personas que conozcan a este último.

(5) Ley 26.529, art. 16: "Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante".

Dentro de los requisitos para su confección también podemos nombrar el agregado de la firma de quien suscribe la intervención en la atención del paciente (y su posterior aclaración).

En el caso de utilizar abreviaturas, deben ser aquellas nomenclaturas adoptadas por la Organización Mundial de la Salud, para que su interpretación sea accesible a cualquier sujeto ajeno a su confección.

La historia clínica debe ser **completa** desde dos puntos de vista. Se habla de una “completitud objetiva” porque se refiere a la necesidad de que sea realizada por todos los sujetos que intervienen en la atención del paciente. Y se denomina “completitud subjetiva” al hecho de que contenga toda aquella información para considerarla confeccionada de manera íntegra y acabada.⁽⁶⁾

Este registro además debe tener en su redacción una característica que se denomina “ética narrativa”, lo que se traduce en su función de contar, narrar y dejar escrito lo que le ocurre al paciente. No solo deberá abocarse al padecimiento físico, sino también ahondar en las diversas dimensiones de su vida, tales como sus sentimientos, sensaciones, actividades, es decir, el modo de ser en el mundo. En los niños es muy común por ejemplo, que se incorporen en la historia clínica sus juegos y dibujos, que suelen ser los fieles testigos de su manera de proyectarse en la vida.

.....

(6) Ley 26.529, art. 15: “Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar:

- a) La fecha de inicio de su confección;
- b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
- c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;
- e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;
- f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la OMS, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria”.

2 | Relevancia de la historia clínica

La importancia de este instrumento es tal que, como veremos a continuación, puede analizarse desde diversos ámbitos de aplicación.

Claro está que, en primer lugar, mencionaremos el **plano médico**. Más allá de la importancia que ha adquirido la historia clínica desde el punto de vista legal, no debe perderse de vista que la historia clínica es el documento sanitario por excelencia.

Es un elemento de gran importancia en la práctica médica ya que es la fuente de información que evaluará la clase de la atención médica que ha recibido el paciente.

Mediante una historia clínica correcta se ven protegidos tanto el profesional como el paciente. El primero, mediante la prueba de la debida atención brindada. El segundo, evitando estudios innecesarios (no debe olvidarse que ningún tratamiento es inocuo por minúsculo que sea) y teniendo a su alcance la información que el profesional debió documentar.

La confección de la historia clínica no debe apartarse jamás de su naturaleza puramente médica ya que ella es su génesis. Si el profesional confecciona este instrumento a los efectos de resguardarse en un posible juicio futuro, seguramente no resulte beneficioso en cuanto a su utilidad asistencial.

En cambio, si se la redacta con la intención de informar y si se respetan los fines que ella tuvo desde sus orígenes, podemos afirmar que cumplirá con la función que da motivo a su existencia. Por este motivo no dejará de servirle al profesional como prueba en un proceso judicial de su obrar diligente y responsable.

En segundo lugar, y seguramente de gran interés, analizaremos este instrumento desde el **punto de vista jurídico**.

La historia clínica es un documento elemental en el juicio de responsabilidad médica. Ella demuestra en un proceso el actuar del profesional (la tarea médica además de ser efectuada, debe registrarse). Como medio de prueba es de vital importancia para reconstruir la relación causal y sirve para acreditar la prestación medica correspondiente. La historia clínica no puede

reemplazarse por otros medios de prueba. El profesional no tiene otra oportunidad de registrar su actuar si no es volcando los datos en tal instrumento.

La jurisprudencia ha expresado que:

Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como tales, deben ser realizadas con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales.⁽⁷⁾

Este instrumento, que también ha sido calificado como “el ABC del acto médico”, ha sido por demás analizado desde el punto de vista de su impacto en un proceso judicial. Sobre él se ha señalado que:

La confección misma de la historia clínica es muy importante, pues hay que tener en cuenta que otras personas que acceden a este documento, no son médicos, más aún quien finalmente dictaminará, en una controversia o investigación penal, es precisamente una persona no médica, por lo tanto es necesario que tengamos presente la posibilidad real del impacto subjetivo que causará a dichas personas, quienes aun inconscientemente harán un primer juzgamiento a priori de la posible personalidad de quienes hayan intervenido en su confección, sin que eso signifique que sean grafólogos eruditos, cuando se observa cualquier manuscrito sucede así, no solo por las formas grafológicas sino por el tipo de redacción, la sintaxis, etc., se forma ineludiblemente una personalidad del autor sea finalmente cierta o no, pero que contribuye a inclinar la balanza en uno u otro sentido.⁽⁸⁾

(7) CNAC. AP.EL. CIV., Sala I, “L. L. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, 19/02/1997, publicado en *La Ley*, diario del 07/05/1998 con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra titulada “Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica”. Puede verse también en *Jurisprudencia Argentina*, semanario del 04/03/1998.

(8) DE LA VEGA, ENRIQUE, “La historia clínica: el ABC del acto médico”, en *Revista del Colegio Médico de Rosario*, n° 45, mayo de 1993.

Por eso, aún sin perder de vista que la prueba pericial médica tiene un inestimable valor, la historia clínica sigue siendo la prueba por excelencia para determinar la existencia de un daño. Sobre este punto volveremos en la parte final del trabajo.

Otro de los aspectos relevantes de la historia clínica es el que hace al **punto de vista estadístico**. Este documento puede tomarse en cuenta para volcar los datos que surjan de él y así elaborar variables de las distintas patologías teniendo en cuenta las poblaciones afectadas, edades de pacientes, tratamientos indicados, resultados obtenidos, zonas más vulnerables, entre otros datos.

Una vez realizado este exhaustivo trabajo de investigación, el procesamiento estadístico servirá de ayuda tanto al médico —para poder afrontar con mayores herramientas el tratamiento de la enfermedad— como así también a la población en general, para estar al tanto de aquellos problemas de sanidad que afectan a la sociedad. Obviamente debe asegurarse la garantía del conocimiento de esta información, de modo que proteja los datos del paciente.

3 | Titularidad

En este punto es necesario recurrir al texto del art. 14 de la ley 26.529 que expresa **“El paciente es el titular de la historia clínica**. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial”.

⁽⁹⁾ No existen, luego de la sanción de dicha ley, inquietudes respecto a la propiedad de la historia clínica.

De todas maneras, a pesar de lo detallado en el artículo, es necesario aclarar que, en muchos casos los pacientes no tienen un acceso de manera libre a la historia clínica porque en algunos casos tanto los establecimientos médicos como los profesionales no están del todo abocados a autorizar el retiro de tales documentos ante su solicitud. De aquí se desprende que, en ciertas oportunidades, un proceso de responsabilidad médica se inicia previamente con una medida tendiente a proceder al secuestro de la historia clínica.

.....

(9) El destacado me pertenece.

Aunque la ley lo determine, no son pocas las oportunidades en las que un paciente debe recurrir a un abogado para que lo represente en este tipo de proceso.

4 | Guarda. Conservación

Este punto está regulado también en la ley de derechos del paciente. En su art. 18, además de asegurar la inviolabilidad de la historia clínica, establece que “los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia” de tal instrumento.

Se determina la obligación de guarda durante un mínimo de diez años, que coincide, no de manera arbitraria, con el término de prescripción liberatoria⁽¹⁰⁾ de la responsabilidad extracontractual (art. 4023 CC).⁽¹¹⁾

Luego de la finalización de los 10 años que estipula la ley, el decreto 1089/2012 de la ley de derechos del paciente determina su destino.⁽¹²⁾

Ahora bien, ¿desde cuándo se considera ese plazo de 10 años estipulado por el decreto reglamentario? Se contabiliza desde el momento en que el paciente realizó su última visita al consultorio o desde que realizó el pago de su última cuota o claro está, desde la fecha de su fallecimiento.

.....

(10) Art. 3949 CC: “La prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho que el que la entabla, ha dejado durante un lapso de tiempo de intentarla, o de ejercer el derecho al cual ella se refiere”.

(11) Art. 4023 CC: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial. Igual plazo regirá para interponer la acción de nulidad, trátase de actos nulos o anulables, si no estuviere previsto un plazo menor” (artículo sustituido por art. 1° de la ley 17.711, BO 26/04/1968. Vigencia: a partir del 01/07/1968).

(12) Decreto 1089/2012, art. 18: “Inviolabilidad. Una vez vencido el plazo de diez (10) años previsto en el art. 18 de la ley 26.529 modificada por la ley 26.742, el depositario podrá proceder a:

- a) Entregar la Historia Clínica al paciente; b) Llegar a un acuerdo con el paciente para continuar con el depósito de la historia clínica, fijando la condición del mismo; c) Su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida.

No obstante, si transcurridos los diez (10) años, el paciente no expresara interés en disponer del original de su historia clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella. Los efectores de salud deberán comunicar a los pacientes que la historia clínica está a su disposición, al menos seis (6) meses antes del vencimiento de este plazo, por un medio fehaciente al último domicilio que hubiere denunciado”.

El antecedente de este plazo de conservación de las historias clínicas lo estipulaba una resolución de la Secretaría de Salud del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación del 11/09/1986. Esta resolución tenía antecedente en un oficio judicial librado en el incidente correspondiente a la subasta de una clínica ("Clínica Marini S.A. s/ quiebra s/ incidente de subasta de bien inmueble") que había sido declarada en quiebra. En esta resolución se fijó un plazo de quince años.⁽¹³⁾

Otro aspecto a destacar es que la ley 26.529 asigna a los establecimientos y a los médicos el carácter de depositarios de la historia clínica. Pero si convenimos que este es el tipo de contrato que se establece (depósito), podemos afirmar que tal contrato no respeta en todo las pautas que el derecho le asignó.

Esto es así, en primer lugar, porque lo que el paciente da en depósito **surge del propio depositario**. También nos encontramos con el art. 2204 CC que estipula que el depositario debe dar aviso de los gastos que sean necesarios para conservar "la cosa", situación que no se da en la realidad.⁽¹⁴⁾

5 | Legitimados a solicitar la historia clínica

La ley de derechos del paciente establece que los legitimados para solicitar la historia clínica son: a) el paciente y su representante legal; b) el cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que este se encuentre imposibilitado de darla; c) Los médicos y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal. Está claro que la enumeración no es excluyente.

.....

(13) Resolución 648/1986, Buenos Aires, 11/09/1986, publicada en BO el 28/10/1986. Art. 1º: "Fijase un plazo de 15 años, para la conservación de las historias clínicas en los distintos establecimientos asistenciales privados autorizados por la autoridad sanitaria nacional".

(14) Art. 2204 CC: "Es obligación del depositario dar aviso al depositante de las medidas y gastos que sean de necesidad para la conservación de la cosa, y de hacer los gastos urgentes, que serán a cuenta del depositante. Faltando a estas obligaciones, es responsable de las pérdidas e intereses que su omisión causare".

En cuanto al paciente, demás está decir que no tiene necesidad de expresar causa de su solicitud ya que hemos aclarado que es quien detenta la titularidad de dicho instrumento. Los demás legitimados por la ley deben contar con una autorización de dicho paciente o, en su caso, manifestar cuál es la causa que motiva la utilización del documento.

Pero en el caso de los médicos y otros profesionales no se logra comprender que necesiten la autorización del paciente ya que, de esta manera, se produce un confrontación con el texto del art. 8° de la ley 25.326, acerca de la protección de datos, que autorizaba el acceso a la información relativa a la salud física y mental.⁽¹⁵⁾

6 | La trascendencia de la historia clínica en juicios por responsabilidad médica

Considero oportuno, luego de una introducción por los principales aspectos de este documento sanitario, adentrarme en un plano que interesa por demás al ámbito del derecho. Trata la relevancia de la historia clínica en un proceso judicial, aquello que pasa en los estrados judiciales a la hora de analizar este instrumento fundamental que hace a la relación médico-paciente.

Muchos fallos abordan aspectos relacionados a la historia clínica. Veremos cuál es la validez probatoria que se les otorga y qué ocurre ante casos en que este instrumento es confeccionado de manera incorrecta o no se tiene por probada su existencia.

En cuanto a la correcta confección de la historia clínica, respetando el principio de integridad y realización en forma completa, es menester analizar un fallo de la Sala F de la Cámara Nacional Civil (voto del doctor Gustavo Alberto Bossert).⁽¹⁶⁾

.....

(15) Ley 25.326, art. 8°: "Datos relativos a la salud. Los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que acudan a los mismos o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquellos, respetando los principios del secreto profesional".

(16) CNAC. APEL. CIV., Sala F, "Ramírez, Ramón c/ OSPAG", 16/09/1993, publicada en JA, 01/06/1994.

Es el caso de una niña, con un nacimiento prematuro, que permaneció internada cinco días en un hospital público. Posteriormente fue derivada a una clínica privada. En este último establecimiento estuvo 53 días. En ambos centros debió permanecer en incubadora dado su cuadro físico. Con el objeto de facilitar su respiración, recibió oxígeno en todo momento. Una vez superada su complicación de salud, la niña fue externada, comprobando que tenía una ceguera irreversible.

Los médicos determinaron que el motivo de la ceguera respondía a un exceso en el nivel de oxígeno en sangre. Indudablemente esa dosis extra de oxígeno había sido recibida en la incubadora. Restaba saber entonces en qué centro de los cuales permaneció se suministró en exceso el oxígeno (o si fue en ambos).

Al no poder determinarse en cuál de ellos se había cometido el suministro en demasía, el tribunal determinó condenar a ambos en forma solidaria. El fundamento para llegar a esa condena se basó en la confección "insuficiente" de las historias clínicas. Tal como expresa el fallo:

Por cierto, en autos no tenemos una demostración acabada de cuál fue el momento en el que el oxígeno fue suministrado en proporción indebida. Las historias clínicas de ambos hospitales demuestran que el control de presencia de oxígeno en sangre no solo no fue constante sino que tampoco se practicó durante todos los días en que se realizó dicho suministro (...) De manera que lo decisivo aquí, para imputar responsabilidad a los nosocomios, es que no hubo control con la frecuencia indispensable respecto del nivel de oxígeno en sangre, para evitar que ese exceso produjera lo que en definitiva produjo. Ello surge, repito, de las historias clínicas.⁽¹⁷⁾

El resultado del pleito hubiese sido distinto si en la historia clínica de alguno de los centros se dejaba debida constancia del nivel de oxígeno suministrado a la menor.

Existen otros fallos en los que se restó importancia a las irregularidades que presentaba la historia clínica. Ejemplo de ello es un caso en que la

(17) CNAC. APEL. Civ., Sala F, "Ramírez, Ramón c/ OSPAG", 16/09/1993, JA, semanario del 01/06/1994.

historia clínica carecía de datos de notoria importancia como la temperatura, la frecuencia cardíaca y la diuresis de un recién nacido muerto. En esa oportunidad el Tribunal resolvió que “En los casos en que se acciona por responsabilidad del médico, lo significativo no es el cumplimiento o no de determinadas reglas del arte médico —en el caso, omisiones en la historia clínica— sino si ellas pudieron o no tener gravitación en el desenlace fatal”.⁽¹⁸⁾

De este caso podemos inferir que una historia clínica que presenta algún tipo de irregularidad o deficiencia en su confección no siempre se traduce en la determinación de la responsabilidad del médico por un accionar indebido. Por el contrario, una historia clínica redactada de manera completa y sin fisuras desde el punto de vista médico perderá todo valor probatorio y no eximirá de responsabilidad al profesional, si de la pericia médica surge un actuar contrario a las normas de su disciplina.

Eso se ve reflejado en la siguiente sentencia dictada en la ciudad de La Plata:

Si la historia clínica describe la existencia de un parto normal cuando en realidad, de las otras pruebas rendidas en la causa surge que existió sufrimiento fetal, con aspiración de líquido amniótico meconial, que produjo a la postre la muerte de la recién nacida debe restarse valor probatorio a la misma. Ello así, por cuanto la historia clínica es un instrumento confeccionado por la propia parte accionada (es el médico quien la confecciona); luego los elementos que de ella surjan, en principio, requieren para quien lo hizo el respaldo distinto y corroborante que demuestre la verdad de lo allí estampado y escrito. En cambio, para la parte actora la misma constituiría una verdadera confesión extrajudicial, en los términos del art. 423 del Código Procesal.⁽¹⁹⁾

Es conveniente analizar el caso de inexistencia de la historia clínica o la presencia de irregularidades en la misma. El Dr. Ricardo recuerda que se ha llegado a afirmar que la falta de datos en la historia clínica —recurso que muchas veces conduce a la imposibilidad de probar— constituye una

(18) CNAC. APEL. CIV., Sala C, 23/08/1979, *La Ley*, 1979-D, 335.

(19) CAPEL. CIV. Y COM. N° 2 LA PLATA, Sala 2, 30/10/1989, *ED*, 139-200.

violación al deber de colaboración procesal y acarrea un análisis desfavorable de la conducta del demandado.⁽²⁰⁾

Muchísimos fallos tratan este supuesto (no infrecuente en los centros asistenciales) que, en ciertas situaciones, optan por no brindar la historia clínica, imposibilitando así el correcto ejercicio probatorio del accionante. Por ejemplo:

Constituye una presunción en contra del profesional la inexistencia de historia clínica o la existencia de irregularidades en la misma. En el caso, aquella no consigna el diagnóstico, habiéndose dejado constancia de que el estudio arteriográfico no muestra malformaciones, lo que fue contradicho por el propio facultativo al declarar que aquel revelaba trombosis.⁽²¹⁾

La carencia de la historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la responsabilidad médica y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de estos hechos.⁽²²⁾

A modo de cierre del presente trabajo, me permito analizar un interesantísimo fallo en el que no se pudo determinar cuál fue la causa de muerte de una paciente. Tal inseguridad fue imputable al hospital en razón de no haber conservado (deber que le correspondía de acuerdo a la ley de derechos del paciente) el parte anestésico.

En el fallo se manifiesta que la defunción pudo obedecer tanto a causas naturales de la anatomía o fisiología de la paciente como a una mala práctica anestésica. Pero dicha cuestión no pudo determinarse ya que faltaba un elemento de juicio fundamental: el parte anestésico. Una de las cuestiones más relevantes del fallo es cómo el tribunal asume lo relativo a la determinación de un rubro de suma importancia en este tipo de pleitos, como lo es la cuantía de daño indemnizable.

.....

(20) LORENZETTI, RICARDO L., "Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales", en *Derecho de daños en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1989, p. 527.

(21) CAPEL. CIV. Y COM. JUNÍN, "González, Julián c/ Centro Médico de Chacabuco", 15/12/1994, Zeus, Boletín del 09/08/1995.

(22) CAPEL. CIVIL. COM. Y LAB. VENADO TUERTO, SANTA FE, acuerdo 31 del 14/04/1992, inédito.

Como consecuencia de la falta del parte anestésico, los peritos se vieron impedidos de emitir una opinión científica certera sobre el caso. El Tribunal sostiene que:

Podría afirmarse, acaso, que el hospital solo debería responder por la pérdida de la prueba (una especie de chance) y no por pérdida de la vida. Dicha solución, que en un primer acercamiento al tema alguna seducción presenta, debe ser desechada en mi opinión porque, en supuestos semejantes —que parecen ser cada vez más frecuentes— bastaría a los sanatorios con ocultar la historia clínica o parte de ella para así disminuir el grado de su responsabilidad. En todos los casos, a la postre, los establecimientos asistenciales responderían por la chance de la prueba frustrada y no por la mala praxis —que sería una prueba diabólica sin la historia clínica— con lo cual se generaría una solución axiológicamente inaceptable.⁽²³⁾

Sobre la responsabilidad del sanatorio por la falta del parte del anestesista, el Tribunal señaló:

Entrando ya a definir la situación del estado —Hospital Aero-náutico— cabe señalar primeramente que por expresa disposición legal estaba obligado a custodiar el parte anestésico (art. 22, ley 17.132) y tenía la carga de aportarlo al expediente a fin de dilucidar la verdad de los hechos (art. 388, Código Procesal), resultando pertinente extraer de su omisión presunciones en su contra (...) La falta de ese elemento de prueba (...) cuya importancia destaqué anteriormente en razón de la posibilidad de que el accidente se vinculara en forma directa con el tratamiento anestésico dispensado, justifica hacerlo responsable de los daños experimentados por los actores, en base a la presunción del art. 388 de la ley adjetiva, desde que una solución contraria sería francamente disvaliosa. Por un lado dejaría en total estado de indefensión a los familiares de la víctima y, por otro, quedaría librado a la discrecionalidad del sanatorio o clínica la suerte de la contraparte al ser ocultada la constancia que puede tener decisiva influencia en el

(23) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala 2, 30/08/1991, JA, semanario del 29/04/1992.

esclarecimiento de la verdad jurídica, norte de todo proceso, como lo tiene dicho la Corte Suprema.⁽²⁴⁾

Si bien la responsabilidad de los médicos intervinientes no pudo establecerse con claridad por resultar imposible practicar una pericia médica (por pérdida de historia clínica), el sanatorio, responsable de conservar la historia clínica, fue condenado a pagar el 100% de la indemnización, y no la mera pérdida de la chance.

(24) *Ibid.*

Los contratos de seguro de uso habitual en materia de responsabilidad médica

La cuestión de las cláusulas *claims made*

por **MARÍA FABIANA COMPIANI**⁽¹⁾

I | Introducción. Las razones del incremento de las demandas por mala praxis profesional

Desde hace cuarenta años se advierte en nuestro país, como antes se revelara en otras latitudes,⁽²⁾ el incremento en grado significativo de las demandas de responsabilidad civil contra los profesionales, visualizadas en un principio contra los médicos y extendida luego a otras profesiones (escribanos, abogados, contadores, etc.), reclamando indemnización del

(1) Abogada, (Universidad del Museo Social Argentino). Cursos de Posgrado en Seguro contra la Responsabilidad Civil y en Proyectos de Reforma del Código Civil desde 1987 hasta la actualidad, en la UBA. Doctoranda en Derecho Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Profesora Adjunta de Obligaciones Civiles y Comerciales, y de los Posgrados de Derecho de Daños y de la Magistratura en la UBA y de la Diplomatura en Derecho de Seguros de la UCES. Jefa de Equipo de la Gerencia Legal de Siniestros de Caja de Seguros SA.

(2) FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER, "En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente", en De Ángel Yagüez, Ricardo e Yzquierdo Tolsada, Mariano (coords.), *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Bs. As., Depalma, 2001, p. 121.

daño por mala praxis profesional. Distintos autores han identificado algunas de sus posibles causas:

- a. El abandono de la tesis que consagraba la irresponsabilidad de la conducta del profesional, basado en la incertidumbre existente en las ciencias denominadas "blandas" donde no puede prometerse certeza no solo del diagnóstico o consejo o prestación exigible, ni tampoco en el tratamiento o seguimiento del paciente, lo que torna imposible cualquier respuesta de carácter definitiva.⁽³⁾ En este sentido, se alega que el profesional no debe ni puede asegurar el resultado de su prestación, la que depende en un cierto grado de la propia evolución de la enfermedad del paciente, su cooperación, los medios disponibles, que son distintos en cada caso.

En la actualidad, si bien se comprende que el profesional deberá asumir una obligación de medios, ello no impide que se valore la prestación a su cargo con el standard común de la culpabilidad apreciable con un criterio concreto y abstracto a la vez (arts. 512, 902 y 909 CC).⁽⁴⁾ No hay lugar en la responsabilidad civil profesional, por ser tal, para "culpas pequeñas". Ellas no se encuentran justificadas.

- b. A lo expuesto se suma el particular fenómeno por el que ha atravesado concomitantemente la teoría general de la responsabilidad civil: ha cambiado la óptica del abordaje de su estudio, desde el ángulo exclusivo del victimario hacia el del damnificado, aunque sin excluir al primero; en esta orientación, hoy se abordan en primer lugar las consecuencias dañosas injustamente sufridas antes que la injusticia existente en su causación. Ello ha provocado no solo la viabilidad de la reparación de nuevos daños, sino también su admisión en hipótesis en las que clásicamente se negaba la indemnización por no resultar reprochable el accionar del ahora indicado como responsable.⁽⁵⁾
- c. Una razón de gran predicamento es, sin duda, la revalorización que ha merecido en la hora actual del derecho el contenido del contrato profesional, esto es, la prestación de un servicio necesario en el desarrollo de la vida moderna y muchas veces relacionado con la preservación de la salud, de la integridad psicofísica del sujeto, de sus derechos económicos, todos ellos derechos perso-

(3) MOSSET ITURRASPE, JORGE, "De la causalidad a la causalidad en la responsabilidad médica (lo desconocido y las causas subyacentes)", en *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los profesionales de la salud*, 2003-3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 10.

(4) BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed. act., t. 2, Bs. As., Hammurabi, 1994, p. 118.

(5) ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Temas de responsabilidad civil*, Bs. As., Ciudad Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995, p. 12.

nalísimos que hoy se reconocen como amparados constitucionalmente.⁽⁶⁾ Ello, a la vez que restringe el ámbito de actuación de la autonomía privada, resulta en la conclusión que la mengua de esos derechos subjetivos es económicamente indemnizable, dada su valorización para el derecho.

- d. También se predica que el aumento de los juicios de mala praxis profesional es una consecuencia de la masificación y burocratización del servicio, que resta tiempo al estudio del caso del paciente, imponiéndose al profesional la mecanización de una atención en serie, lo que hace que se resienta el diálogo y la confianza necesarios entre el profesional y el paciente. La mala comunicación, su escasa calidad o, directamente, la ausencia de ella derivan en situaciones de incomprensión del paciente acerca de lo realmente acontecido y su consecuente enojo antecede a la demanda de responsabilidad civil profesional.⁽⁷⁾
- e. Indudablemente unida a lo anterior, se advierte la jerarquía que se ha asignado al deber de información como obligación secundaria de conducta de la prestación principal que ha asumido el profesional. Hoy se advierte que donde antaño se declaraba la irresponsabilidad del profesional por inexistencia de mala praxis, ahora se lo condena por defecto del deber de información acerca de otros procedimientos disponibles y/o de los riesgos existentes en el recomendado por el profesional.⁽⁸⁾ En ellos, la ausencia de consentimiento informado del paciente derivará en la responsabilidad profesional, más allá de la discusión acerca de la extensión de la reparación.
- f. Es claro, también, que el aumento de los reclamos por mala praxis profesional tiene relación con la extensión del acceso a la justicia, conquista de los derechos individuales que ha posibilitado mediante diversos mecanismos procesales (amparo, beneficio de litigar sin gastos, etc.) que muchos puedan acceder a la jurisdicción en reclamo de la afectación de cualquiera de sus derechos. Esto es, se asiste en nuestros tribunales a un aumento constante de la litigiosidad que no puede justificarse solo por la mayor complejidad de la vida moderna, sino que tiene relación con el más amplio acceso por los particulares al conocimiento y ejercicio de sus derechos ante los estrados del Tribunal.

(6) KRAUT, ALFREDO J., *Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987, p. 69.

(7) MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Responsabilidad civil del médico", en *Seguros y Responsabilidad civil*, n° 2, Bs. As., Astrea, 1983, p. 32.

(8) Comentario al fallo de la CNFED. CIV. Y COM., Sala I, "P., R. H. c/ Estado nacional s/ responsabilidad médica", del 28/12/1993, de ALBANESE, SUSANA, "El derecho de los pacientes a recibir información", en *Daños. La responsabilidad civil por mala praxis profesional*, Bs. As., El Derecho-Depalma, 2000, p. 121.

Seguramente, hay otras razones que sumadas a las expuestas dan como resultado la situación planteada: el incremento de demandas por mala praxis profesional que amenaza, en forma constante, los bienes patrimoniales, así como el equilibrio emocional (individual y familiar) y el libre ejercicio de la profesión del médico.

La tendencia es, sin duda, hacia un mayor incremento de esas demandas, al amparo de un mayor acceso a la justicia, la acentuación del conocimiento y ejercicio de sus derechos por los particulares.

2 | Las estadísticas en nuestro país

En el sistema de salud argentino se producen más de 350.000 consultas y más de 8000 internaciones hospitalarias por día. En promedio, solo dos de ellas generan demandas por mala praxis.

En la Argentina ejercen unos 200.000 profesionales médicos, de los cuales el 7,2% ha sido demandado alguna vez por presunta mala praxis profesional. Más de la mitad de las demandas no prosperan. A su vez, entre las que sí lo hacen, la mitad genera condenas y la otra mitad arriba a conciliaciones.

Dos de cada diez médicos cuentan con esquemas de protección, ya sea seguros o fondos solidarios. Una de cada tres demandas se realiza contra profesionales o instituciones no asegurados.

De ellos, los casos conciliados suelen representar a su vez una cuarta parte de los demandados y se concilian por importes relativamente menores.⁽⁹⁾

Especialidad	Juicios		Sentencia + gastos			Demanda			Tiempo entre demanda y sentencia
			Promedio	Desvío standard	Máximo	Promedio	Desvío standard	Máximo	Años
	Cant.	%	\$	\$	\$	\$	\$	\$	
Clínica médica	651	49,00	49.252	162.586	3.430.235	651.403	906.109	10.796.983	3,8
Clínicas	145	11,00	46.786	61.603	394.321	459.942	574.814	3.031.726	2,4
Odontología	105	8,00	18.525	21.613	146.787	84.705	97.090	554.196	1,5
Cirugía	80	6,00	36.167	58.084	424.949	376.403	482.504	3.194.203	2,2
Sin información	77	6,00	29.586	44.722	186.266	292.586	337.766	2.588.996	2,8

(9) Información aportada por Consure Consultora Actuarial a cargo de Sara Liberman.

Especialidad	Juicios		Sentencia + gastos			Demanda			Tiempo entre demanda y sentencia
			Promedio	Desvío standard	Máximo	Promedio	Desvío standard	Máximo	
	Cant.	%	\$	\$	\$	\$	\$	\$	Años
Traumatología	43	3,00	19.237	19.585	100.170	301.442	355.468	1.888.380	2,8
Ginecología	40	3,00	34.652	38.821	127.851	520.281	731.875	4.167.583	2,4
Abogados	36	2,70	26.094	36.652	138.307	469.013	624.148	2.650.312	3,1
Cirugía plástica	22	1,70	36.144	58.343	286.698	126.839	105.718	450.036	1,1
Centro de diagnóst.	17	1,30	12.668	18.155	75.371	184.970	359.976	1.467.375	1,7
Anestesiología	13	1,00	53.560	67.159	244.495	244.695	276.169	1.054.104	1,9
Farmacéutica	9	0,70	35.739	56.450	164.603	147.236	102.009	372.270	2,2
Oftalmología	9	0,70	24.321	29.938	98.297	333.552	233.782	699.916	2,6
Pediatría	8	0,60	43.058	50.005	140.755	561.387	254.983	898.695	1,7
Hematología	8	0,60	52.503	54.902	172.384	1.228.639	1.751.982	5.384.234	2,5
Gerenciadoras y OS	7	0,50	20.128	18.726	57.502	300.949	399.224	1.153.994	1,7
Kinesiología	7	0,50	14.342	7.436	25.345	236.769	401.372	1.129.030	0,8
Neonatología	6	0,50	34.997	35.950	82.819	414.610	211.883	656.880	2,0
Otorrinolaringología	6	0,50	26.470	34.293	93.000	247.012	190.860	481.328	2,8
Infectología	5	0,40	19.290	12.463	35.841	474.327	750.653	1.806.267	2,8
Otras	26	2,00	60.629	62.078	230.399	550.905	837.031	4.035.671	1,4

El 60% de las demandas de mala praxis se concentran en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires.⁽¹⁰⁾ En promedio, el monto de lo reclamado en concepto de daños y perjuicios por mala praxis médica ronda la suma de \$360.000. Las especialidades que reciben el mayor número de reclamos son tocoginecología (ginecología y obstetricia), traumatología, cirugía plástica y cirugía general. También resultan destacables, por la señalada cuantía de los reclamos en razón de la severidad de las lesiones que acarrearán, las especialidades de anestesiología y neurociencia, aunque con menor frecuencia que los primeros.

No se debe olvidar la amenaza, en forma constante, de los bienes patrimoniales de los médicos. La envergadura económica del juicio de

.....

(10) Diario *El Tribuno*, 06/08/2006.

mala praxis pone en riesgo no solo los ingresos actuales del médico, sino que puede comprometer la totalidad del patrimonio presente y futuro. A ello se suma el desequilibrio emocional (individual y familiar) del profesional. La existencia de una demanda de mala praxis puede derivar no solo en la alteración del ánimo del médico para el ejercicio de su profesión, sino también comprometer su relación con el entorno familiar y social. Todo ello deriva en la alteración del libre ejercicio de la profesión del médico que se traduce en el ejercicio de la medicina a la defensiva.

Es habitual que tras recibir una demanda de mala praxis profesional o tener conocimiento del caso de un colega, el médico se vea influido en su ejercicio profesional y llegue a extremar su recelo con el paciente y sus familiares.

Esta realidad exige concluir en la necesidad no solo de revisar las causas de la creciente litigiosidad en materia de mala praxis médica, sino también en el desarrollo de estrategias para evitar el aumento exponencial de juicios y en la promoción de sistemas de cobertura de los médicos.

3 | El seguro contra la responsabilidad civil profesional

En este escenario, se observa como experiencia universal que el riesgo individual del autor de un daño puede ser sustituido a través de mecanismos colectivos que permiten colocar en el lugar del obligado al asegurador de este, quien soporta los efectos resarcitorios mediante el empleo de los fondos comunes generados por la acumulación de primas de seguro. Todo ello fundado en leyes estadísticas.

El seguro surge, pues, como una alternativa solidarista, una herramienta eficaz dado el cuadro de situación trazado *ut supra* que tiene la ventaja para el autor del ilícito de eludir las consecuencias dañosas que se le atribuyen y, desde el punto de vista del damnificado, lograr el resarcimiento, aminorando el riesgo por la eventual insolvencia del obligado.⁽¹¹⁾

.....

(11) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y STIGLITZ, RUBÉN S., *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*, Bs. As., Astrea, 1983, p. 33.

A ello se suma la muy importante tarea de prevención que puede realizarse a poco de conocer cuáles son los riesgos más comunes a los que se expone el profesional, incentivando la atención de este a través de la imposición de cargas específicas (acerca de cómo debe llevarse la historia clínica, documentar debidamente el consentimiento informado, etc.), franquicias, incremento de las primas, etc. Todo ello importa reconocer al seguro contra la responsabilidad civil una connotación social y tuitiva.⁽¹²⁾

Se define como un contrato por el cual el asegurador se obliga a mantener indemne al médico asegurado por cuanto deba a un tercero (paciente o en caso de su muerte, los herederos) en razón de la responsabilidad civil (contractual o extracontractual) por mala praxis profesional en que incurra, a consecuencia de un hecho acaecido, actuando en la especialidad, durante el plazo convenido en el contrato (art. 109 Ley de Seguros).

Los seguros de responsabilidad civil pueden ser de **indemnidad** o de **reembolsos**. En los primeros, el asegurador se obliga a mantener indemne a su asegurado por cuanto este deba a un tercero a consecuencia de hechos u omisiones por los cuales resulte responsable; en los segundos, el asegurado deberá primero abonar la indemnización que le reclama el tercero para luego obtener de su asegurador el reembolso de lo abonado. Por supuesto, en ambos casos, la indemnización a cargo del asegurador será conforme a los términos, condiciones y límites del respectivo contrato de seguro.⁽¹³⁾

Tal como está regulado en el art. 109 de la Ley de Seguros, el seguro contra la responsabilidad civil es un seguro de indemnidad; en consecuencia, el asegurador deberá abonar, en la medida del seguro, el reclamo del tercero o la condena judicial que se dicte contra el asegurado, sin necesidad de que este último haya tenido que hacerla efectiva.

Asimismo, este seguro en nuestro régimen es de base a "ocurrencias", ya que la obligación del asegurador de mantener indemne al asegurado nace a consecuencia de un hecho ocurrido en el plazo convenido aunque

(12) ALTERINI, ATILIO A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones*, 2ª ed. act., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998, p. 209.

(13) LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO, *Ley de Seguros. Comentada y Anotada*, Bs. As., La Ley, 2007, p. 529.

el reclamo se formalice con posterioridad a la finalización de la vigencia de la póliza.

El riesgo se halla constituido por la eventualidad de la aparición en el patrimonio del asegurado de la deuda de responsabilidad surgida de su accionar médico. El siniestro se configura cuando se concreta el riesgo y se verifica una deuda de responsabilidad a consecuencia del hecho ilícito y dañoso imputado al asegurado, ocurrido durante el término de vigencia material del contrato.

En los términos del art. 109 de la Ley de Seguros, el asegurador asume su compromiso de indemnidad con total independencia de que el reclamo efectuado por el tercero se deduzca durante la duración material del contrato o ulteriormente, siempre que la pretensión no se encuentre extinguida por prescripción.

El 31/01/1980 la Superintendencia de Seguros de la Nación aprobó la resolución general 15.517 por la que se autorizaron las condiciones especiales del seguro contra la responsabilidad civil profesional para médicos.⁽¹⁴⁾ Es decir, desde comienzos de la década del 80 y prácticamente con el auge de la responsabilidad médica se ha venido desarrollando la herramienta que tiende al resguardo del patrimonio del médico.

No obstante tratarse de un foco de interés que ha sido transitado por la doctrina, la actualidad del fenómeno, el incremento de su tratamiento jurisprudencial, la escasez de las coberturas existentes y, en muchos casos, la insatisfacción de su funcionamiento, justifican su permanente tratamiento.

Algunos de los interrogantes que hoy se plantea la cuestión son: si el seguro contra la mala praxis profesional debe ser obligatorio; si debe propenderse a la instauración de fondos de garantía para el caso de ausencia

.....

(14) El art. 1º del anexo I de la citada resolución general 15.517 establece que "... el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado a título personal por cuanto deba a un paciente o derechohabiente del mismo en razón de la responsabilidad civil contractual o extracontractual en que incurra como consecuencia del ejercicio de su profesión de médico, según consta en la habilitación correspondiente otorgada por la autoridad competente, y actuando en la especialidad o especialidades que se detallan en las condiciones particulares".

de seguro y/o de liquidación del asegurador; si incluye la responsabilidad contractual y/o la extracontractual en que pueda incurrir el médico; si debe limitarse económicamente la cobertura ante el reclamo de la víctima; cuál es el rol que cabe asignar en el marco del seguro contra la responsabilidad civil a la violación de normas de ética profesional; si debe admitirse la validez de las denominadas cláusulas *claims made*; qué prácticas deben quedar excluidas de la cobertura (por ej.: las intervenciones prohibidas por ley); cuál debe ser la cobertura de las cláusulas particulares del contrato de seguro según las modalidades que asume la práctica profesional (jefe de equipo médico, especialista, etc.); si es conveniente asegurar la culpa grave del profesional; etc.

A continuación, abordaremos solo algunas de estas cuestiones que nos permitirán exhibir el interés que presenta la cobertura de mala praxis profesional en la actualidad.

4 | El seguro de responsabilidad civil y sus límites. Franquicia

La obligación que asume el asegurador de mantener indemne al asegurado frente al reclamo del tercero no es ilimitada sino que, por el contrario, reconoce los límites que resulten de los términos, condiciones, exclusiones y de la suma asegurada que las partes hayan acordado en el respectivo contrato de seguro, todo ello dentro del principio de la autonomía de la voluntad, si bien con las limitaciones que impone el art. 158 de la ley.

La Superintendencia de Seguros de la Nación ha fijado tales límites mínimos mediante la resolución 35.467 del 30/10/2010 (vigente para los contratos que se emitan o renueven a partir del 01/01/2011, art. 5°), tanto para seguros individuales como colectivos, estableciendo que la suma asegurada no puede ser inferior a pesos ciento veinte mil pesos (\$120.000) por año, evento y profesional cubierto (art. 2 a). Se aclara que, en forma individual o colectiva, podrán contratarse libremente seguros de responsabilidad profesional médica que contemplen condiciones de cobertura superiores a la estipulada en el art. 1°, en la medida en que las respectivas condiciones técnicas y contractuales se encuentren autorizadas previamente por esta autoridad de control (art. 4°).

En estos casos, los contratos poseen tanto un límite máximo por evento como otro total anual (los que pueden ser modificados mediante endosos). El límite no comprende los gastos y costas judiciales (arts. 110 y 111, ley 17.418), los que son debidos por el asegurador ya que integran la indemnidad debida por este al asegurado.⁽¹⁵⁾ Los gastos y costas son debidos por el asegurador con dos límites: su necesidad y proporcionalidad y son debidos en la misma medida en que el asegurador debe soportar el daño.⁽¹⁶⁾

En cuanto a la franquicia, en el contrato de seguro contra la responsabilidad civil constituye un supuesto de "fracción del riesgo no cubierta". Una de sus finalidades es estimular el compromiso del asegurado en la prevención del siniestro. También apunta a liberar al asegurador de los daños minúsculos o insignificantes, aligerándolo de la indemnización de los que no superen dicha base mínima. En esta orientación, en la producción de siniestros carentes de envergadura, los denominados "pequeños siniestros" identificados por la existencia de daños por un monto inferior a una cifra predeterminada facilita la gestión empresarial y suprime costos administrativos de mayor cuantía que el siniestro mismo.⁽¹⁷⁾

La franquicia puede ser simple o condicional cuando libera al asegurador de la cobertura de siniestros, cuya entidad económica no supere cierto importe. Si lo supera, el asegurador deberá cubrir todo el daño: en cambio, la franquicia es absoluta o incondicional cuando se fija en un importe o porcentaje determinado que se deduce de la indemnización debida, cualquiera sea su cuantía. Puede neutralizarse mediante el pago de una sobreprima. Por su parte, el descubierto obligatorio es la franquicia impuesta obligatoriamente y no es factible de ser removido mediante su cobertura asegurativa.

.....

(15) CAPEL CIV., COM., CAPEL. CONT. ADM. SAN FRANCISCO (CÓRDOBA), "Ibarra, María Cecilia c/ Acosta, Estefanía Victoria y otro s/ ordinario – daños y perjuicios", 11/10/2012, en *LLC* 2013 (abril), 340, AR/JUR/70974/2012; CAPEL. CIV. Y COM. PERGAMINO, "Martínez, Julio Ismael c/ Transporte Interprovincial Rosarina (T.I.R.S.A.) y otro", 09/05/2011, en *La Ley Online*, AR/JUR/19314/2011; CNAC. APPEL. CIV., Sala H, "Carabajal, Carlos V. c/ Falcon, Carlos M. y otros", 31/05/2007, en *La Ley Online*, AR/JUR/3036/2007.

(16) CNAC. APPEL. COM., Sala D, "Cattorini Hnos. SAIOfY c/ El Cabildo Cía. de Seguros s/ Ordinario", 25/08/1995, *LL* 1997-B, 573.

(17) STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de Seguros*, t. III, 5ª ed. act. y ampl., Bs. As., La Ley, 2008, p. 113.

En nuestro régimen legal, el art. 118, párr. 3° de la Ley de Seguros prevé que la sentencia de condena que se dicte contra el responsable civil será ejecutable contra el asegurador “en la medida del seguro”, debiendo ello entenderse como entidad cuantitativa referida a los límites económicos de garantía asegurativa entre los que se halla, por lo explicado, la franquicia.⁽¹⁸⁾ Asimismo, en el seguro contra la responsabilidad civil, la franquicia opera como defensa anterior al siniestro y, por tanto, oponible al tercero damnificado (arg. art. 118, párr. 3°, ley 17.418).⁽¹⁹⁾

Ello así, con el límite de la razonabilidad de la franquicia,⁽²⁰⁾ que para el caso puntual del seguro contra la responsabilidad civil médica fue fijado en un porcentaje no mayor al 5% de la suma asegurada.⁽²¹⁾

5 | El riesgo asegurado: la responsabilidad civil profesional contractual y extracontractual

El riesgo constituye el objeto del contrato de seguro y se define como la eventualidad de la ocurrencia del evento dañoso. En el caso que analizamos, estará constituido por la posibilidad o probabilidad de que el médico asegurado incurra en responsabilidad profesional. La responsa-

(18) CSJN, “Nieto, Nicolasa del Valle c/ La Cabaña SA y Otros”, 08/08/2006, *La Ley Online*, AR/JUR/5332/2006.

(19) CSJN, “Villarreal c/ Fernández”, 02/10/1990, JA 1990-IV, 953 LL 2006-F, 118, 29/08/2006.

(20) Para el caso del transporte ferroviario el Máximo Tribunal convalidó la declaración de nulidad de la franquicia por irrazonable: “Corresponde desestimar la queja interpuesta contra la sentencia que declaró la nulidad absoluta de la cláusula que limitaba la responsabilidad de la aseguradora en la medida de la franquicia del seguro, si no se observa que la decisión del *a quo* carezca de fundamentación o prescinda de la solución normativa prevista para el caso pues, aun cuando la ley considera que la oponibilidad de la franquicia es la regla —art. 109, ley 17.418—, ello no impide discriminar entre la diversidad de situaciones que pudieran plantearse y reconocer que cuando se ha estipulado una franquicia se afecta el acceso a la reparación de los daños sufridos por la víctima del accidente, principio de raíz constitucional por cuya tutela corresponde velar a los magistrados” (CSJN, “Ortega, Diego Nicolás c/ Transporte Metropolitano General Roca SA”, 20/10/2009, RCyS 2009-XI, 112, LL 12/11/2009, 6 - DJ 30/12/2009, 3707).

(21) La franquicia no puede exceder del cinco por ciento (5%) de la suma asegurada (inc. b del art. 2° de la resolución 35.467 SSN).

bilidad profesional es aquella que deriva de una infracción a directivas jurídicas —deberes propios de la actividad de que se trate—⁽²²⁾ y éticas, por la que los profesionales deben responder por los daños originados a raíz de una acción u omisión.

En la actualidad, cuando se intenta dilucidar la naturaleza de la responsabilidad civil que incumbe al profesional, la doctrina dominante considera que el profesional concluye con el cliente una relación contractual, ya que desde el momento en que se requiere su intervención y la misma es aceptada, queda concluido entre ambos un contrato.

El mismo puede ser de locación de servicios cuando el profesional compromete una obligación de medios o de diligencia,⁽²³⁾ o un contrato de trabajo, siempre y cuando se hallen las notas dominantes de subordinación y estabilidad, o un contrato de locación de obra⁽²⁴⁾ cuando el profesional asume el logro de un resultado final, en virtud del cual el último se obliga a satisfacer una prestación de hacer.⁽²⁵⁾ La obligación correspectiva del cliente consiste en el pago de un emolumento que puede ser el honorario —en el caso de la locación— o un salario, en el supuesto del contrato de trabajo. El incumplimiento de esta obligación preexistente genera la responsabilidad contractual del profesional frente al cliente/paciente.

Lo expuesto no es obstáculo para reconocer que habrá supuestos de responsabilidad extracontractual cuando no medie aquel requerimiento del servicio profesional, o cuando el daño sea ocasionado por el profesional a un tercero ajeno al contrato (a modo de ejemplo, el médico que atiende una urgencia respecto de quien carece de conciencia; o el abogado que trava un embargo en forma errónea respecto de un inmueble ajeno al deudor).

(22) MORELLO, AUGUSTO M., "Nuevos perfiles de la responsabilidad del abogado", en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, Homenaje al Prof. Atilio Aníbal Alterini, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, p. 619; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., "Tratado de la Responsabilidad Civil", Bs. As., La Ley, 2004, t. II, p. 277.

(23) MOSSET ITURRASPE, JORGE, El incumplimiento contractual, t. II, en *Responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, 1998, p. 272 y ss. En el caso, el profesional compromete una obligación de medios o de diligencia.

(24) LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, "Teoría general de la responsabilidad civil", Bs. As., Lexis-Nexis, 2006, p. 539.

(25) MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Los profesionales", en *Revista de Daños*, Daños profesionales, n° 8, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 14.

Ahora bien, aceptada la relación contractual que media entre el profesional y su cliente, cabe señalar que, en ese caso, el deber de resarcir será exigible en todos los casos en que medie incumplimiento de una obligación preexistente para con el paciente. En efecto, se afirma la existencia de un vínculo negocial en razón de mediar habitualmente un previo contrato, por ejemplo, de prestación de un servicio médico asistencial entre el profesional y el cliente. En síntesis, la tesis mayoritaria es aquella que concluye que se trata, predominantemente, de un contrato de prestación de servicios profesionales,⁽²⁶⁾ sin perjuicio de aceptarse.

Aún en todos estos casos, la responsabilidad del profesional puede derivar en el ámbito aquiliano cuando su incumplimiento constituya un delito de derecho criminal que autoriza el ejercicio de la opción que consagran aquellos regímenes legales que lo autorizan o que admiten una opción amplia en caso de incumplimiento contractual por las normas de la responsabilidad extracontractual.

Por cierto, la órbita de la responsabilidad civil en que se ubique la responsabilidad del profesional va a tener incidencia significativa en la extensión del resarcimiento que genere y en el plazo de prescripción aplicable al caso. Así, tratándose de responsabilidad por incumplimiento contractual, si la misma ha sido culposa, la extensión de la reparación se limita a los daños que fuesen consecuencia inmediata y necesaria de aquel (art. 520 CC) y si la inexecución del contrato fue maliciosa o dolosa, el deber de resarcir se extiende a las consecuencias mediatas (art. 521 CC). Para la hipótesis en que la responsabilidad se funde en un hecho ilícito o extracontractual, el profesional deberá responder por las consecuencias inmediatas (art. 903 CC) y de las mediatas previsibles (art. 904 CC).

En cuanto a la prescripción, la acción de daños derivados del incumplimiento contractual se rige, salvo supuestos especiales, por el término decenal ordinario previsto en el art. 4023 CC. A su vez, la responsabilidad civil extracontractual prescribe a los dos años, conforme la previsión del art. 4037 CC.

En resumen, el médico asegurado y conexamente el asegurador se hallan sometidos a la posibilidad de que un mismo hecho dañoso genere, según el

.....

(26) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., "Responsabilidad civil del abogado", en *Revista de Daños, Daños profesionales*, n° 8, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 84; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *op. cit.*, p. 307.

caso, responsabilidad contractual o extracontractual y, con ello, la eventualidad de ser demandados en uno u otro ámbito de la responsabilidad civil.

Así las cosas, parece aconsejable que asegurador y asegurado deban formalizar e instrumentar un contrato de seguro, de manera que satisfaga útilmente la necesidad que condujo al segundo a contratar. De allí que la utilidad o el provecho mismo del aseguramiento resulte —en etapa precontractual— de una prolija información que reciba el profesional y de un adecuado consejo relativo a los eventuales siniestros que deberían hallar amparo asegurativo y luego de una cuidadosa descripción en las condiciones particulares de póliza, del riesgo asegurado. Es por ello que la información y el consejo a cargo, predominantemente, de los intermediarios y del asegurador, se tornan en cuestión trascendente.

6 | La prevención del riesgo profesional

Resulta imperioso el análisis de la especial significación que tiene en el moderno derecho de daños la cuestión acerca de la función preventiva, rescatando su preponderancia axiológica sobre la clásica y excluyente idea reparatoria de la responsabilidad civil.

En efecto, hoy se comprende que la fórmula contenida en el art. 19 CN, en cuanto dispone que las acciones perjudiciales contra terceros caen bajo la autoridad de los magistrados, comprende no solo el deber de reparar el daño causado,⁽²⁷⁾ sino también de prevenirlo.

En este sentido, no cabe duda que desde el aspecto axiológico, es prioritario evitar el daño antes que repararlo; ello así, particularmente, cuando se trata de daños que afectan la integridad psicofísica de los sujetos, por cuanto no siempre es posible volver las cosas al estado anterior y el resarcimiento económico de daños a la integridad psicofísica es siempre imperfecto.⁽²⁸⁾

(27) LEONARDI DE HERBÓN, HEBE M., "La regla *naeminen laedere* en el Derecho Constitucional", en Alterini, Atilio A. y López Cabana, Roberto M., *La responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, p. 92.

(28) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, "La tutela inhibitoria contra daños", en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley 1999-1.

Si bien tradicionalmente se entendía que la prevención era una tarea estatal resultando contenido del derecho administrativo, hoy se reconoce que la misma compromete también al derecho privado, admitiéndose la existencia de una tutela sustancial inhibitoria. Dada la indudable jerarquía de tal función no puede ser interpretada con carácter restrictivo, de lo que se extrae su reconocimiento en numerosos preceptos del derecho positivo nacional (arts. 1071 bis; 2499, párr. 2º; 2618; entre muchos otros del CC; arts. 52/53 de la ley 24.240; art. 43 CN, etc.),⁽²⁹⁾ y su creciente recepción por la jurisprudencia.⁽³⁰⁾

En ese orden, alineado con la función preventiva de la responsabilidad civil, se destaca tanto la acentuación de las cargas de conductas de prevención del siniestro o de morigeración del daño como la previsión del deducible o franquicia que estimulen esa cooperación del asegurado; en igual sentido, se inscribe la contribución en la permanente capacitación para la prevención del riesgo profesional (en materia de cumplimiento de los deberes de información y de confección de la historia clínica) y garantizará a la par, en caso de concretarse el riesgo de mala praxis profesional, la percepción de la indemnización por la víctima a través de la exigencia de su aseguramiento obligatorio.

7 | La cláusula *claims made* y la cuestión de su ilegitimidad

Conforme lo ya expuesto, el asegurador de la responsabilidad civil asume su compromiso de indemnidad del asegurado con total independencia de que el reclamo efectuado por el tercero se deduzca en la duración material del contrato o ulteriormente, siempre que la pretensión no se encuentre extinguida por prescripción (art. 109 de la Ley de Seguros).

Sin embargo, hace más de una década, la autoridad de control de la actividad aseguradora autorizó el uso de las denominadas coberturas bajo

(29) NICOLAU, NOEMÍ, "La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional", LL 1996-A, 1245.

(30) CSJN, "Salta, Prov. de c/ Estado Nacional s/ Ejecutivo", 01/09/1993, ED (Derecho Administrativo), 2003-297; CNAC. APEL. CIV., Sala F, "Elías, Julio y Ots. c/ Gob. de la Ciudad de Bs. As.", 10/05/2000, JA 2000-IV, 523.

cláusula *claims made*, específicamente, en materia de seguro de mala praxis para médicos y clínicas.⁽³¹⁾ La particularidad de la cláusula *claims made* es que identifica el momento del siniestro en el seguro con el del reclamo efectuado por el damnificado. El asegurador asume la garantía siempre y cuando el daño y el reclamo de la víctima se sitúen temporalmente durante el período de garantía o su extensión.

Otra variante conocida como la de “retomar el pasado desconocido” consiste en que el asegurador garantiza las reclamaciones formuladas durante el curso del contrato, aun por daños verificados con anterioridad a la vigencia del contrato de seguro (uno o dos años).⁽³²⁾ El asegurado se halla desprovisto de garantía por demandas promovidas con posterioridad al límite fijado por tal cláusula. Ello así porque se trata de una previsión convencional que resulta inoponible a los terceros (arts. 1195 y 1999 CC), quienes podrán promover el reclamo hasta el término del período de prescripción.

Para evitar quedar desprotegido, la alternativa para el médico será permanecer asegurado mediante contratos de seguro sucesivos al finalizar cada período contractual o su extensión. Entre sus ventajas, se predica que el seguro bajo esa condición resulta más barato, ya que las previsiones económicas son más difíciles de efectuar por largos períodos de tiempo (inflación, políticas económicas, cambiarias, impositivas, etc.).⁽³³⁾ Permite medir con mayor precisión el riesgo, puesto que la curva tendencial muestra que la mayor cantidad de reclamos contra médicos se produce durante los primeros cinco años. A ello se suma que prevén la posibilidad de contratar un período extendido y/o permiten la rehabilitación de la cobertura, facilitando la adecuación de la suma asegurada.⁽³⁴⁾

(31) Resoluciones 23.160 del 24/03/1993 para médicos y 78.392 del 28/06/1994 para directores de clínicas.

(32) STIGLITZ, RUBÉN S., “El Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Especial referencia al seguro de responsabilidad profesional de médicos y centros asistenciales de salud”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, n° 13, 1999.

(33) LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO, “Seguro de responsabilidad civil bajo condiciones ‘claims made’”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Seguros I, n° 19, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 97.

(34) WIERZBA, SANDRA y CZERNIZER, DIEGO, “La cláusula ‘claims made’ en los seguros contra responsabilidad médica: la experiencia argentina”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año IV, n° VII, noviembre - diciembre de 2002, pp. 46/62.

Los motivos invocados por los propiciadores del empleo de estas cláusulas se pueden reducir, fundamentalmente, a dos: 1) las prescripciones largas y 2) la característica de ciertas situaciones o elementos pasibles de provocar daños que se exteriorizan luego de transcurridos muchos años. Y, principalmente, de parte de los reaseguradores, se sostuvo que no era posible mantener reservas por plazos prolongados sin que ello causare trastornos económicos y técnicos a aseguradores y reaseguradores.⁽³⁵⁾

Asimismo, posibilitan amparar eventos acontecidos con anterioridad a la contratación del seguro, siempre que resulten desconocidos por el asegurado. Se encuentran expresamente autorizadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación.⁽³⁶⁾ A ello se añade que se han flexibilizado sus efectos de forma tal de morigerar los abusos a través del alargamiento de los períodos de extensión, la estipulación de su compra anticipada, la autorización de denuncia de las denominadas contingencias.⁽³⁷⁾ Todo ello justificaría su legitimidad cuando se ofrecen al asegurado suficientes variantes en la contratación del seguro bajo cláusula *claims made*.⁽³⁸⁾

Sin embargo, en nuestro país, reconocida doctrina ha considerado que viola el principio de libertad contractual que permite no solo contratar o no eligiendo el co-contratante, sino también establecer las condiciones y límites de sus mutuas obligaciones (art. 1197 CC).⁽³⁹⁾ Desde otro ángulo, contraviene una norma imperativa por su letra y naturaleza como es la que define el seguro contra la responsabilidad civil (arts. 109 y 158 de la Ley de Seguros).⁽⁴⁰⁾

Desconoce el momento del siniestro en el seguro contra la responsabilidad civil,⁽⁴¹⁾ que no es otro que el hecho dañoso acaecido (arts. 109, 114,

.....

(35) HALPERÍN, ISAAC, *Seguros*, 3ª ed. act. por Barbato, Nicolás H., Bs. As., Depalma, 2001, p. 1047.

(36) LORENZETTI, RICARDO, "Contrato de Seguro: La cláusula '*claims made*'", LL 1998-C, pp. 1174/1178.

(37) WIERZBA, SANDRA M. y CZERNIZER, DIEGO G., *op. cit.*

(38) LORENZETTI, RICARDO, *op. cit.*, pp. 1174/1178.

(39) HALPERÍN, ISAAC, *op. cit.*, p. 1048.

(40) STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de Seguros*, t. I, 4ª ed. act., Bs. As., La Ley, 2005, p. 588.

(41) MEZA CARBAJAL, LUIS ALBERTO, *El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*, Perú, Grijley, 1995, p. 139.

115 y 116, párr. 3° de la ley 17.418) al confundirlo con el reclamo del tercero (al que se refieren los arts. 110, inc. a); 111, ap. 4° y 117 de la Ley de Seguros). Pretende confundir la delimitación del riesgo que hace al elemento objeto del contrato de seguro con los efectos de este que se verifican en la etapa funcional (duración de la garantía asegurativa).

Como explica Barbato, con este tipo de cobertura se intenta erigir el reclamo en riesgo, lo cual, a nuestro juicio, encierra un profundo error. El reclamo solo es un instrumento de una pretensión; es el vehículo por el cual esa pretensión se comunica y se hace valer ante el deudor. Pero ese reclamo carece de aptitud ontológica para erigirse en riesgo. El riesgo, en el seguro de la responsabilidad civil, consiste en convertirse en sujeto pasivo de una deuda de responsabilidad y no en la posibilidad de recibir un reclamo del tercero.⁽⁴²⁾

Implica una cláusula abusiva al ampliar los derechos del predisponente asegurador y restringir los del asegurado (art. 37, inc. a) de la ley 24.240), por lo que debe tenerse por no convenida. Importa una infracción a un derecho garantido constitucionalmente como es de la protección de los derechos económicos (art. 26 del Pacto de San José de Costa Rica) y de los intereses económicos de los consumidores (art. 42 CN).⁽⁴³⁾

El Tribunal Supremo de España declaró la cláusula *claims made* contraria a derecho en el pronunciamiento dictado el 20/03/1991. En Francia, el 23/06/1993 la Corte de Casación la consideró nula por ilícita al constituir una ventaja a favor del asegurador sin causa que la justifique. En EEUU, algunos precedentes también la declararon inválida.⁽⁴⁴⁾

En nuestro país, recientemente, la cuestión ha merecido también la atención de la jurisprudencia, que se ha inclinado por declarar su carácter abusivo y, en consecuencia, tenerla por no escrita.⁽⁴⁵⁾

.....

(42) HALPERÍN, ISAAC, *op. cit.*, p. 1049.

(43) SITGLITZ, RUBÉN S., "Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula *claims made*", LL2003-F, 372.

(44) SOBRINO, WALDO A. R., *Seguros y responsabilidad civil*, Bs. As., Universidad, 2003, p. 91.

(45) CNAC. APEL. CIV., Sala L, "R., M. A. c/ Obra Social del Personal de la Sanidad y ots.", 29/08/2003, LL 2003-F, 371. El Fiscal General de la Cámara Civil capitalina se pronunció considerando ilícita y abusiva la cláusula (Sala C, "Barral de Keller Sarmiento, Graciela c/ Guevara,

8 | Delimitación causal: el aseguramiento de la culpa grave

Sabido es que individualizado el riesgo (en nuestro caso, mala praxis profesional médica), sin embargo, no puede ser cubierto en todo tiempo, lugar y modo en que se verifique. Por el contrario, todavía se hace preciso delimitarlo desde una perspectiva temporal, espacial y causal.⁽⁴⁶⁾

En el plano temporal, el hecho dañoso debe acaecer dentro del año de la cobertura asegurativa (sin límite de oportunidad del reclamo de la víctima). En el ámbito espacial, la CSJN ha dicho que

Es irrazonable extender la cobertura del seguro contratado por un instituto médico a un acto quirúrgico programado —califica-

.....
Juan A. y Ots. s/ Daños y Pjs.", 20/02/2006, Dictamen 74.219, R. 343.779). A posteriori, la Sala C de la CNac. Apel. Civ., entendiendo en dicho expediente, coincidió con el dictamen del Fiscal, declarando su carácter abusivo y teniéndola por no escrita (sentencia del 02/05/2006).

CAP. CIV., COM., MINAS, DE PAZ Y TRIBUTARIA DE MENDOZA, N° 4, "Echegaray, Domingo c/ Libertad SA", 11/11/2010, LL *Gran Cuyo*, marzo 2011, 173): "Resulta improcedente la cláusula de tipo 'claims made' invocada por la aseguradora del supermercado en el que se produjo el robo del automóvil del actor, mediante la cual se establece como condición para la cobertura no solo la ocurrencia del siniestro, sino que además exige que el reclamo del damnificado se realice durante la vigencia de la póliza, pues los efectos de la aplicación de dicha póliza van a depender de un tercero, lo que implica la desprotección del asegurado en la violación de los arts. 109 y 158 de la ley 17.418".

CNAC. AP. CIV., Sala "F, F. R., C. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros", 03/03/2011, con nota de Rubén S. Stiglitz; María Fabiana Compiani; LA LEY 2011-B, 406: "Las cláusulas *claims made* resultan abusivas, aun cuando hubieran sido autorizadas por la Superintendencia de Seguros de Salud, puesto que desnaturalizan las obligaciones relativas al objeto del contrato de seguro de responsabilidad civil y amplían inequitativamente los derechos del asegurador".

En sentido contrario, ha quedado aislado el precedente (CNAC. AP. CIV., Sala C, F., N. G. c/ Edesur SA, 13/03/2007, JA 2007-III, 148, con disidencia del Dr. Díaz Solimine) que señala "Es improcedente la demanda interpuesta contra la citada en garantía por el asegurado y no por la víctima, ya que aquel no denunció el siniestro dentro del plazo de vigencia de la póliza teniendo la posibilidad de hacerlo, obligación ineludible por tratarse de un contrato de seguro *claims made* o de reclamo, lo que constituye un reclamo en un momento de inexistencia de seguro y no una defensa posterior, y el asegurado no puede posteriormente pretender desconocer los términos del contrato, máxime si se trata de una sociedad comercial de importancia con posibilidad de obtener asesoramiento previo a la firma del contrato en tales condiciones".

(46) CSJN, "Iglesias, Lidia A. c/ Medic Gem's S.A. y otro", 09/04/2002, en DJ 2002-2, 478, RCyS 2002, 672, LL 2002-D, 405, ED 198, 145, AR/JUR/974/2002, Fallos: 325:595.

do de mala praxis—, efectuado en el consultorio del profesional codemandado —que no se encuentra entre los domicilios amparados—, si la póliza se convino por la responsabilidad civil emergente de la actividad desarrollada por el servicio de urgencia del asegurado en los lugares que allí se indican...⁽⁴⁷⁾

Con relación a esta última, la delimitación causal subjetiva, la exclusión de cobertura en caso de culpa grave, está prevista en los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros. La resolución 15.517/1980 de la Superintendencia de Seguros de la Nación que aprueba las condiciones especiales de la cobertura de responsabilidad civil para médicos utiliza la expresión “culpa grave asimilable al dolo”. Sin embargo, ambas nociones se distinguen conceptualmente, la primera implica buena fe, la segunda mala fe.

Más allá de las dificultades para conceptualizarla, su noción se alcanza no solo por la exclusión de la malicia, sino también por la intensidad de la negligencia o imprudencia que la dominan:⁽⁴⁸⁾ consiste en la impericia extrema, no prever o comprender lo que cualquiera comprendería, omitir los cuidados más elementales, descuidar la diligencia más pueril, ignorar los conocimientos más comunes.

Cierta tesis (*Mazeaud-Tunc*) es partidaria de la equiparación, por la dificultad de la prueba del dolo, que aconseja tenerlo por acreditado en caso que la prueba revele una negligencia intensa. En esta orientación se inscribe el Proyecto de 1998, art. 1604, inc. 3º, que la define como la falta extrema de diligencia y la asimila al dolo. En otra posición (Ripert-Boulanger), la equiparación se critica por las diferencias marcadas en cuanto a la intención del sujeto.

En Francia, el art. 113-1 del Código de Seguros garantiza la culpa grave, en la medida que solo excluye al dolo. En Italia, el art. 1900 del Código Civil, expresa por principio la inasegurabilidad de la culpa grave, salvo pacto en contrario. En España, el art. 19 de la Ley de Seguros excluye de cobertura solo el siniestro causado por dolo, nada dice de la culpa grave, por lo que queda asegurada a menos que se convenga en contrario (art. 76 para el

(47) CSJN, “Iglesias, Lidia Antonia c/ Medic Gem’s SA y otro”, 09/04/2002, RCyS, 2002-672.

(48) CNAC. APEL. COM., Sala C, “Fernández, Roberto L. c/ La Central del Plata Cía. de Seguros”, 22/10/1993, LL 1994-D, 225, AR/JUR/1924/1993.

seguro de responsabilidad civil, acción directa contra el asegurador, quien solo podrá repetir en caso de dolo del asegurado).⁽⁴⁹⁾

En definitiva, la cuestión radica en que la asimilación pretendida perjudica la asegurabilidad de la culpa grave. En nuestra ley, la exclusión de la culpa grave fue fundada en la exposición de motivos por las dificultades para probar el dolo, la deficiente organización policial en el interior del país, las dificultades prácticas del asegurador para una intervención rápida que le permita investigar el siniestro.

Cabe concluir que las razones hoy no subsisten y que el art. 158 de la Ley de Seguros, al enumerar al art. 114 como una norma relativamente imperativa, solo modificable a favor del asegurado, torna asegurable la culpa grave.

La conveniencia del aseguramiento en materia de culpa grave se justifica porque en la práctica se observa que muchas de las conductas de mala praxis profesional por las que son condenados los médicos por responsabilidad civil pueden ser calificadas como constitutivas de culpa grave (por ej.: oblito quirúrgico). Por último, tal aseguramiento requiere de una redacción en términos positivos por cuanto la ausencia de mención la excluye por aplicación de los arts. 70 y 114 de la Ley de Seguros.

9 | Las principales exclusiones de cobertura

En la cobertura de mala praxis para médicos, suelen excluirse de la obligación del asegurador por los daños causados por (además de la culpa grave o dolo analizadas más arriba):

- La responsabilidad que corresponda a la clínica, sanatorio, hospital o cualquier centro asistencial en los que el profesional médico desempeñe sus tareas.
- Otros profesionales médicos que colaboren con el asegurado.
- Otros auxiliares en relación de dependencia con el centro asistencial.
- Incumplimiento del secreto profesional. Con respecto al secreto profesional, el médico se encuentra eximido de la violación del secreto profesional cuando

(49) STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de Seguros*, t. I, op. cit., p. 287.

informa la portación del virus en los casos previstos por el art. 2° de la Ley Nacional del Sida y su decreto reglamentario 1244/1991. En cuanto al deber de secreto profesional y la obligación de denunciar delitos, sus límites han sido dilucidados por el Máximo Tribunal.⁽⁵⁰⁾

- Actos e intervenciones prohibidas por la ley. Actos experimentales y ensayos clínicos.
- Cambios de sexo, esterilizaciones y la nueva legislación autorizante (ley 26.130/2006 de Contracepción Quirúrgica).
- Utilización de tratamientos no reconocidos y uso de medicamentos *off label*.
- Convenio que garantice el resultado de cualquier intervención quirúrgica o tratamiento.
- Daño genético.
- Daños sufridos por colaboradores del asegurado, por motivos profesionales o científicos.
- Transmisión del SIDA. Se critica que se mantenga la exclusión en la actualidad, dado que se conocen los medios de trasmisión, así como en razón de los avances científicos o tecnológicos se ha avanzado notablemente en su tratamiento.⁽⁵¹⁾

(50) CSJN, 20/04/10, "Valdivieso s/ causa 4733", Fallos: 333:405. En ese precedente, el voto de la Dra. Argibay Molina expresó: "... Es en este ámbito de privacidad en el que debe situarse la figura del secreto médico, en cuanto exige a los profesionales de la salud mantener la confidencialidad sobre la información obtenida a través del vínculo profesional con su paciente, deber que es definido y reglamentado en el art. 11, ley 17132 sobre Ejercicio de la Medicina, cuyo texto es el siguiente: 'Art. 11.- Todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en la presente ley, con motivo o en razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer, salvo los casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal, sino a instituciones, sociedades, revistas o publicaciones científicas, prohibiéndose facilitararlo o utilizarlo con fines de propaganda, publicidad, lucro o beneficio personal'.

No obstante, como ya se adelantó, el derecho a la vida privada no es absoluto y, concordantemente con ello, la legislación vigente admite, bajo ciertas condiciones, la injerencia en ese ámbito protegido. En tal sentido, el mismo artículo antes citado exceptúa a los médicos de dicha obligación en los "... casos que otras leyes así lo determinen o cuando se trate de evitar un mal mayor y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal...". Por otra parte, la confidencialidad cede frente a la obligación de denunciar determinadas enfermedades como la lepra, pestes, las enfermedades venéreas en período de contagio (leyes 11.359, 11.843, 12.331 y 16.668, respectivamente), las enfermedades infectocontagiosas o transmisibles a las que se refiere la ley 15.465, o la obligación de denunciar los nacimientos y defunciones (ley 14.586). Otras tantas excepciones surgen de la ley 23.798 de la lucha contra el sida y su decreto reglamentario, que, entre otras hipótesis, releva al médico del secreto 'para evitar un mal mayor'. Esta última fórmula, también utilizada en el art. 11, ley 17.132 ya citado, deja librada a la apreciación al profesional de la salud la necesidad de revelar el secreto médico".

(51) WIERZBA, SANDRA, "Seguro contra la responsabilidad civil médica", en la *Revista de Derecho de Daños*, Daños a la Salud, 2011-3, n° 5.3.2, p. 488.

- El desempeño como director o jefe de equipo. Solo se lo cubre para el supuesto que se contrate expresamente la cobertura mediante el pago de una extra prima (recargo).

También existen condiciones contractuales en nuestro país que agregan otras exclusiones, como la que atañe a la responsabilidad de los laboratorios por los productos medicinales, responsabilidad civil por experimentos clínicos sobre personas, responsabilidad civil por contaminación, por cultivos bacteriológicos, etc.⁽⁵²⁾

10 | El incumplimiento de las normas deontológicas y la exclusión de cobertura por incumplimiento de la ley

En materia de responsabilidad civil médica se discute hoy el rol que cabe asignar al incumplimiento de las normas de deontología profesional.

En este sentido, el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998, en su art. 1681, enumeraba a las normas éticas entre las aplicables a los profesionales liberales para juzgar la existencia de responsabilidad civil. Preveía que:

Las actividades del profesional liberal están sujetas a las reglas de las obligaciones de hacer. Sus alcances resultan de lo convenido; de lo previsto por el inciso a) del art. 726, salvo que se haya comprometido cierto resultado concreto; de las disposiciones dictadas en ejercicio del poder de policía; y de las normas de ética que regulan el ejercicio de la profesión.

Mosset Iturraspe había criticado esta solución señalando que las normas éticas no son jurídicas; en consecuencia, resultan ajenas a un juicio de responsabilidad por daños, culminan en una sanción al inmoral, pero son indiferentes para la víctima del daño y ajenas a los Tribunales de Justicia.⁽⁵³⁾

(52) SCHIAVO, CARLOS, "El seguro de responsabilidad civil médica", en Garay (dir.), *Responsabilidad Profesional de los médicos*, 2ª ed. ampl. y act., t. II, Bs. As., La Ley, 2014, p. 1001.

(53) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *op. cit.*, p. 69. Se pronuncian sosteniendo que la transgresión de la moral no alcanza a constituir un acto como ilícito civil BERTOLDI DE FOURCADE, MARIA VIRGINIA y BERGOGLIO DE BEOUWER DE KONING, MARIA TERESA, "La antijuridicidad en la responsabilidad civil del médico", LL 1985-D, 988.

En cambio, otros autores sostuvieron que su violación puede constituir ilicitud en los términos del art. 1066 CC, atribuyendo responsabilidad al profesional que ha incumplido normas éticas.⁽⁵⁴⁾ De lo que no se duda y resulta compartible es que en la medida en que la norma deontológica se haya incorporado a la norma jurídica, su violación integra el elenco de conductas antijurídicas.⁽⁵⁵⁾

Tampoco existe debate en cuanto a que cualquier reconocimiento jurídico de una norma deontológica encuentra límite en su confrontación con las normas legales en sentido formal: si la primera colisiona con la segunda, esta es la que habrá de prevalecer. En una posición distinta a las anteriores, otros doctrinarios observan que los códigos de ética gravitan cuando se trata de merituar la existencia de culpabilidad en la actuación del profesional.⁽⁵⁶⁾

El Código Civil argentino define a la culpa como la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar (art. 512), estimando que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la responsabilidad que surja de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902).

En consecuencia, para verificar si ha mediado culpa del médico, resulta necesario confrontar su obrar con la conducta correcta y esta, en materia profesional, está desenvuelta por las denominadas "reglas del arte" (*les artis*).⁽⁵⁷⁾ Entre esas reglas del arte se encuentran, justamente, las que determinan los ordenamientos deontológicos.

Este es el sentido de su reconocimiento por la CSJN cuando consideró que para valorar la actuación médica deben ponderarse las reglas aceptadas

.....

(54) RIVERA, JULIO CÉSAR, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 164.

(55) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado", en *Revista de Derecho de Daños - Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, 2005-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 54.

(56) CARRANZA CASARES, CARLOS A., "Relevancia de las normas éticas en la responsabilidad de los médicos", *LL* 2004-E, 1001.

(57) BUERES, ALBERTO J., *op. cit.*, p. 119.

por los colegios profesionales y, obviamente, las normas jurídicas que a ellas se vinculan para juzgar el comportamiento del profesional actuante "... ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida, y la obligación de superior rango axiológico, de obrar con prudencia y pleno conocimiento..."⁽⁵⁸⁾

Dicho criterio fue ratificado a posteriori, sosteniendo que no cabe restringir el alcance o privar de toda relevancia jurídica a las normas éticas.⁽⁵⁹⁾

A esta altura, lo innegable es hoy su importancia para el derecho. En este sentido, se ha dicho que "las normas deontológicas van adquiriendo una creciente apariencia jurídica y los pilares jurídicos en que se asienta la responsabilidad —fundamentalmente de origen jurisprudencial— toman a menudo muy en cuenta consideraciones de procedencia axiológica".⁽⁶⁰⁾

Ello aconseja la necesidad de estudiar, atender y actualizar los contenidos de los códigos deontológicos, su permanente actualización y su sistematización o armonización, atento su pluralidad, por la falta de regulación legal sobre cuál de ellos debe ser tenido en cuenta en el ejercicio de las distintas profesiones, en especial de la médica, en cuyo ámbito conviven no solo los códigos nacionales, sino también los internacionales y los correspondientes a cada especialidad médica.⁽⁶¹⁾

Se ha aconsejado que su confección no solo resulte de la intervención de los profesionales de que se trate, sino que también se integre en un debate abierto con entidades representativas y con legisladores.⁽⁶²⁾

.....

(58) CSJN, "González Oronó de Leguizamón, Norma Mabel c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y Afines", 29/03/1984, Fallos: 306:178.

(59) CSJN, "Amante, Leonor y otros c/ Asociación Mutual Transporte Automotor (AMTA) y otro", 24/10/1989, Fallos: 312:1953 y todavía más recientemente, para eximir de responsabilidad civil al profesional absuelto por el Tribunal de Ética Profesional, en CSJN, "Houston de Otaegui, María Cristina y otros c/ Sanatorio San Lucas SA y otros", 12/05/1998, Fallos: 321:1429, LL 1997-C, 996, jurisp. agrup. caso 11.569.

(60) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., "Los presupuestos de la responsabilidad profesional", en *Las Responsabilidades Profesionales - Libro en Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, La Plata, Platense, 1992, p. 120.

(61) LORENZETTI, RICARDO L., *Responsabilidad civil de los médicos*, t. II, Santa Fe, Rubinal-Culzoni, 1997, p. 23.

(62) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *op. cit.*, p. 53.

Por último, en la temática propuesta, merece destacarse que la influencia que pueden exhibir las decisiones de los Tribunales de Ética Profesional en el proceso civil resulta ajena a lo que disponen los arts. 1101, 1102 y 1103 CC referidos a la influencia recíproca de las sentencias civil y penal.

Sin embargo, no cabe dudar que podrían ser valorados por el Tribunal a la hora de decidir la responsabilidad civil del profesional, en el señalado sentido de la acreditación de la configuración de la culpa por disconformidad de la conducta obrada con la que era debida conforme la *lex artis*.⁽⁶³⁾

En materia del seguro de responsabilidad civil, la cuestión influirá también a la hora de analizar la razonabilidad de las exclusiones de cobertura que prevea la cobertura. La posible actuación en colisión con las exigencias de la citada normativa ética no podrá ser encuadrada sin más en la genérica exclusión de “actos o intervenciones en violación de la ley”.

II | El seguro de mala praxis médica y su oferta ilegal

Desde hace varios años algunos colegios y asociaciones médicas operan como pseudo-aseguradores a través de fondos mutuales o solidarios, asumiendo riesgos mediante contratos de naturaleza asegurativa, donde con el pago de un abono o aporte se obligan a resarcir un daño consistente en el perjuicio económico derivado de la responsabilidad profesional del adherente al sistema solidario.

El reglamento de estos fondos presenta importantes observaciones ya que a través de ellos, regularmente, el adherente se compromete a no citar al juicio en que le reclame el tercero los daños, al fondo de resguardo profesional. Ello determina que cualquier reclamo por falta de atención que tenga el médico contra el fondo se tendrá que resolver en juicio distinto; frente al damnificado que lo demande, va a tener que responder solo él. En definitiva, el fondo no se obliga a “mantener indemne” al adherente.

(63) CARRANZA CASARES, CARLOS A., *op. cit.*, p. 108. El autor advierte que aún cabrá distinguir entre los distintos tribunales de ética aquellos de fuente legal de los correspondientes al origen convencional, por cuanto los primeros aseguran el control judicial mediante la vía recursiva prevista que garantiza suficientemente el derecho de defensa profesional.

También, en general, limitan la cobertura a dos reclamaciones anuales, la tercera, cualquiera sea el monto de las anteriores, quedará excluida. Para colmo, se computan las fechas de las reclamaciones y no del hecho generador, con lo que puede acontecer que si en un período se efectúan tres reclamaciones sobre hechos sucedidos en tres períodos distintos, la tercera (cronológicamente efectuada) quede excluida de la prestación asistencial del fondo.

Por otra parte, el fondo se reserva en forma "exclusiva y excluyente" la defensa de los intereses del socio adherente. Esto es, el Consejo cedería la dirección del proceso, lo que puede perjudicar al médico si la decisión de la empresa es llegar hasta una sentencia o transar sin anuencia del médico.

Ordinariamente, se establece la caducidad automática de los beneficios por el incumplimiento de alguna de las cargas del reglamento, lo que parece un exceso si por lo menos no se lo limita a que ello ocurra por dolo del médico. Es decir, en forma negligente el médico puede incumplir una carga (dar aviso de la notificación, carta documento o reclamo recibido) y, por solo ello, carecerá de la cobertura. Pareciera que debería limitarse la caducidad para el caso que lo hiciera con dolo. Lo contrario deja al médico en situación desventajosa.

Estos fondos solidarios actúan en violación a lo dispuesto por la ley 20.091, ya que llevan a cabo operaciones de seguro sin estar autorizados ni controlados por la Superintendencia de Seguros. En algunos casos, la actuación de los fondos solidarios estaría amparada por leyes provinciales. Por ejemplo, la ley provincial de Santiago del Estero 6530 o la parte pertinente de la ley 5413/1958 para el caso del Colegio Médico de La Plata. Sin embargo, estas normas también violarían leyes federales de jerarquía superior como lo es la ley 17.418, la ley 20.091 y, en última instancia, la Constitución Nacional.

Esos fondos solidarios han sido sancionados tanto por la Superintendencia de Seguros de la Nación como por la justicia por funcionar como aseguradoras sin estar autorizados ni controlados por la autoridad específica (entre los sancionados figuran los colegios profesionales, consejos médicos o federaciones médicas de las Provincias de Jujuy, Santiago del Estero, Entre Ríos, Córdoba, e incluso los Distritos I y III de la Provincia de Buenos Aires).⁽⁶⁴⁾

.....
(64) ARGANARAZ LUQUE, MARTÍN G., Fuente: Revista Estrategas y elDial.com.

12 | Aseguramiento obligatorio

En España, con la ley 3/2014 del 27 de marzo último, se procedió a modificar, entre otras, la ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias, añadiendo el apart. 8º al cap. 4º, cuya letra e) establece que para el ejercicio de una profesión sanitaria será necesario “tener suscripto y vigente un seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera, sean de protección personal o colectiva, que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de la responsabilidad profesional por un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria privada”.⁽⁶⁵⁾

En nuestro país, podemos decir que el seguro médico es muy frecuente, seguramente favorecido por la difusión de las acciones de responsabilidad civil médica, pero no se encuentra impuesto obligatoriamente.

Podemos sostener, con Chabas, que afortunadamente la costumbre —a menos que se trate de la mera prudencia— determina que se verifique el fenómeno general, casi unánime, de la suscripción por parte de los médicos del seguro profesional.⁽⁶⁶⁾ Sin embargo, la relevancia de la cuestión tanto para pacientes y familiares de estos como para los médicos que ven comprometida su actuación profesional, el aseguramiento debería ser impuesto obligatoriamente.

13 | Colofón

Lo expuesto nos permite concluir que la cuestión del seguro de mala praxis profesional médica continúa siendo uno de los temas de indudable interés para los operadores del derecho, tanto en razón del continuo aumento de los reclamos de mala praxis como por las nuevas fisonomías que exhibe la responsabilidad civil médica y, en especial, por los interrogantes y conflictos que ofrece su aseguramiento en la actualidad y que hemos relevado en sus principales aspectos a lo largo del presente trabajo.

.....

(65) España, Boletín Oficial del Estado N° 76, 28/03/2014, [en línea] http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-3329

(66) CHABAS, FRANCOIS, “Responsabilidad médica y seguro”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, 2011-VI, 287.

El usuario del servicio de salud en algunas sentencias del nuevo milenio de la Corte IDH

por **AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI**⁽¹⁾

*“Corresponde a la sabiduría de los legisladores velar por la salud de los ciudadanos”
Montesquieu, *El espíritu de las leyes**

I | El derecho de acceso a la salud como un derecho de los consumidores. Propósito de estas líneas

El art. 42 CN dispone que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. Asimismo, ordena a las autoridades proveer a la protección de esos derechos y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos que tienen a su cargo esas prestaciones de salud. La jurisprudencia nacional, que califica el acceso a la salud de los usuarios del

.....

(1) Doctora en Derecho, Universidad de Mendoza. Profesora de cursos de postgrado en numerosas universidades argentinas y extranjeras. Doctora *honoris causa* de la Universidad de Paris-Est Créteil, de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Nacional de Rosario.

servicio⁽²⁾ como derecho humano,⁽³⁾ es uniforme y bien conocida.⁽⁴⁾ Desde hace años la Corte Federal afirma, entre muchos otros asertos vinculados a la cuestión, que “El derecho a la salud no es un derecho teórico, debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social y penetra, inevitablemente, tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas”.⁽⁵⁾ Con especial referencia a las personas menores de edad y con discapacidad, reitera que:

El Estado Nacional asumió compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y facilitar las prestaciones de salud.⁽⁶⁾ Por eso, no puede invocar la inactividad de otras entidades públicas o privadas, ni la demora en la implementación

(2) Ver HERNÁNDEZ, CARLOS, “Algunos aspectos de la responsabilidad médica por negativa de acceso a la salud (horizontes actuales del derecho a la salud e impacto de la ley sobre derechos del paciente)”, en *Rev. Derecho de Daños*, n° 3, 2011, p. 55; D’ARGENIO, INÉS, “Protección jurídica de un usuario sin servicio público”, *LL* 2001-E-19; AIZENBERG, MARISA; GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, “El derecho a la salud y las relaciones de consumo”, en Lorenzetti, Ricardo y Schötz, Gustavo, *Defensa del consumidor*, Bs. As., Ábaco, 2003, p. 174; MOLINA QUIROGA, EDUARDO; CÓRDOBA, LUCRECIA, “El derecho a la salud como derecho humano”, *LL* 2013-E-320 (en el caso, esa calificación justifica que se declare abusivo el aumento de la cuota dispuesto por una empresa de medicina prepaga y, consecuentemente, se otorga la suspensión del aumento como medida cautelar).

(3) Entre otros, ver CURREA-LUGO, VÍCTOR, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005. Para la historia del derecho a la salud como derecho humano ver BYK, CHRISTIAN, “The History of the Right to Health as a Human Right”, en *International Journal of Bioethics*, vol. 9, n° 3, 1998, pp. 15/31.

(4) Ver, especialmente, el prolijo y extenso trabajo de BAZÁN, VÍCTOR, “El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia”, *JA*, 2012-II-951/1031. Con anterioridad, en 2010 la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación publicó un libro denominado *Derecho a la salud*. La obra contiene más de 40 comentarios doctrinales a sentencias del Tribunal. En 1989, la Organización Panamericana de la Salud publicó un libro, de 655 páginas, bajo el título *El derecho a la salud en las Américas. Estudio constitucional comparado*.

(5) CSJN, “Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)”, 13 de marzo de 2001, Fallos: 324:754; eDial - AA74C (voto de los Dres. Fayt y Belluscio); CSJN 18/09/2007 Doc. Jud. 2007-3-392.

(6) Ver, especialmente, Observación general 14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, relativo al *Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, transcripta en Derecho a la salud, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Secretaría de jurisprudencia, Bs. As., 2010, p. 207. Para otras convenciones internacionales, entre muchos, ACCONCI, PIA, *Tutela della salute e Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 2011. Para el derecho a la salud en la Convención Internacional de los derechos del niño, ver BELOFF, MARY y otros, *Convención sobre los derechos del niño comentada, anotada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2012, p. 173 y ss.

del sistema sanitario provincial para justificar la falta de acceso efectivo a la atención médica que requieren los niños con impedimentos físicos o mentales.⁽⁷⁾

Además, señala que las acciones deducidas en el orden interno no solo son individuales sino también colectivas.⁽⁸⁾

En cambio, en esta materia, la información de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (en adelante, Corte IDH) está menos difundida.⁽⁹⁾ La cuestión es importante pues esta Corte se declara intérprete última de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. En consecuencia, aunque el Tribunal local haya mencionado ese documento como base de su decisión, le corresponde a ella controlar si las injerencias denunciadas por los particulares contra el Estado son o no admisibles a la luz de dicho tratado y de las otras fuentes de derecho internacional que resulten pertinentes.⁽¹⁰⁾ De allí, que todos los operadores del derecho (jueces y abogados incluidos) tengan el deber de conocer, al menos, las líneas generales de esa jurisprudencia.⁽¹¹⁾

El propósito informativo me lleva, en algunos casos, a limitarme a reproducir los claros párrafos de las sentencias bajo comentario o de algunos de los votos razonados, especialmente los del Dr. Sergio García Ramírez, uno de los mejores jueces que han pasado por este Tribunal. No tengo dudas sobre la estrecha vinculación del derecho a la salud, como derecho humano, con el derecho de los consumidores.⁽¹²⁾ Así lo marca la propia Corte IDH.

.....

(7) CSJN 16/10/2001, LL 2001-F-505; CSJN 18/12/2003, LL 2004-C-466; CSJN 24/10/2000, JA 2001-I-464.

(8) Ver como ejemplo, CSJN 18/09/2007, LL 2007-F-110; LUFT, MARCELO E., "Asociaciones de consumidores y enfermedad celíaca: legitimación procesal", en *R. DFyP*, año II, n° 8, 2010, p. 241.

(9) Menor información no significa carencia total. Ver, además de los artículos que se citan en las sucesivas notas, la obra colectiva, *Derecho a la salud y servicios de salud en el orden internacional y regional*, Bs. As., Facultad de Derecho de UBA, 2007.

(10) CORTE IDH, "Caso Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", 28/11/2012.

(11) Para el tema ver, entre otros, LOIANNI, ADELINA; GOZAINI, OSVALDO A., "Los alcances del derecho a la salud ante el deber de realizar el control de convencionalidad", LL 2011-A-508.

(12) Ver ROUSSET, GUILLAUME, "Et si le drit de la santé cessait d'exister? Fiction ou anticipation sur l'application subséquente du droit de la consommation aux relations de santé", en *AAVV, Élanges en l'honneur de Marie-France Callu*, París, Lexis-Nexis, 2013, p. 427.

Por ejemplo, en el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, 04/07/2006 se reconoce expresamente la vulnerabilidad de toda persona enferma: “Los Estados tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal, particularmente vulnerables cuando una persona se encuentra bajo tratamiento de salud”. El vínculo se verifica, incluso, en frases incidentales; por ej. en esa misma sentencia, uno de los testigos se individualiza como “familiar del usuario del sistema de salud mental”.

2 | La jurisprudencia de la Corte IDH y la interpretación evolutiva

El análisis de esta jurisprudencia requiere tener presente el método de interpretación utilizado por el Tribunal.⁽¹³⁾ La Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) coinciden en una interpretación dinámica o evolutiva de las normas. Desde siempre, ambos tribunales afirman que “objeto y fin de la Convención de Derechos Humanos exigen

(13) Cabe recordar la peculiar posición del juez A. A. Cançado Trindade, quien en numerosas ocasiones relacionó arte y derecho en sus votos razonados. Él mismo dice en el “Caso Ximenes vs. Brasil” de 04/07/2006: “Hay casos de violaciones de derechos humanos que evocan tragedias, revelando la perenne actualidad de estas últimas, como propias de la condición humana. Para recordar dos antecedentes, en mi voto separado en el “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala” (mérito), Sentencia del 25/11/2000 ante esta Corte, me sobrevino a la mente la célebre tragedia de *Antígona* de Sófocles (párrafos 8/9). En mi voto separado en el “Caso Bulacio vs. Argentina” (mérito y reparaciones), Sentencia del 18 de septiembre de 2003 me permití hacer referencia a *Ajax* y a *Filoctetes* de Sófocles (párrafos 8 y 16), a la desesperación de Hécuba de Eurípides (párrafo 22), a *Agamenón* de Esquilo (párrafos 26), y a las *Euménides* (la última obra de la trilogía *Orestíada*) de Esquilo (párrafo 32). El presente “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” es otro caso que contiene ingredientes trágicos que me hacen recordar inmediatamente las imperecederas y tan actuales tragedias griegas. La conmovedora declaración de Irene (hermana de la víctima) me hizo acordar al personaje Electra, tanto de Sófocles como de Eurípides. La Electra de Eurípides estaba mucho más orientada hacia la justicia probada mientras que la Electra de Sófocles se deja abatir, previamente y en un grado mucho mayor, por el dolor ante el anuncio (aunque falso) de la muerte de su hermano. La Electra de Sófocles se descompuso al ver en la urna las cenizas que creía eran de su hermano Orestes (no lo eran), y recordó en desesperación su afecto por él (sin saber que estaba vivo), antes de buscar la justicia privada, como era la práctica habitual en su tiempo. La historia de Electra y la de Irene son completamente distintas, ocurridas en épocas separadas por siglos. Sin embargo, tienen en común la tragedia de la condición humana, ante la persistencia de la indiferencia y la crueldad realizadas en el trato de los más vulnerables, así como también la búsqueda desesperada y desesperante de la justicia (antes privada, hoy pública). Ellas develan la insondable presencia de la tragedia en los misterios que rodean a la vida, que algunos han buscado simplificar, caracterizándola como destino.

que sus disposiciones se comprendan y apliquen de una manera práctica y efectiva". Y reclaman a los operadores del derecho "el esfuerzo necesario para perfeccionar y profundizar este instrumento normativo" al que califican de "vivo y dinámico",⁽¹⁴⁾ para evitar su obsolescencia. De este modo, adhieren a la interpretación dinámica, no originalista,⁽¹⁵⁾ y no se cansan de repetir que la Convención debe ser interpretada "teniendo en cuenta las costumbres y las necesidades sociales, preservándola de todo anacronismo". La Convención es, entonces, "un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de la vida actual".⁽¹⁶⁾

Esa interpretación evolutiva precisamente obliga a la Corte Interamericana a mirar la realidad y verificar si sus preceptos se cumplen o no, si se trata de una simple "ley sin alma"⁽¹⁷⁾ dictada *ad pompam vel ostentationem*, es decir, con fines puramente retóricos,⁽¹⁸⁾ o por el contrario, si los derechos pueden o no ser ejercidos, cuestión altamente significativa en materia de prestaciones de salud.

.....

El sufrimiento humano continúa siendo irremediabilmente una triste marca de la condición humana a lo largo de los siglos. Con particular clarividencia, Sófocles advertía, ya en el s. V a.C. en *Edipo Rey* "que jamás hay que decir que alguien es feliz hasta el momento en que haya traspasado el límite extremo de la vida libre de dolor".

(14) TEDH, *Kroon y otros c. Países Bajos*, 27/10/1994, Serie A, n° 297-C; *Johnston y otros c. Irlanda*, 18/12/1986, serie A, n° 112; *Mazurek c. Francia*, 01/02/2000, n° 34406/97. Ver CATALÀ I BAS, ALEXANDRE, "Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27/10/1994. Caso Kroon y otros c/ Países Bajos", en *Rev. General del Derecho*, año LIII, n° 632, mayo de 1997, p. 5361.

(15) Ver BRACONNIER, STÉFANE, *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers non mariés dans le contentieux de la reconduite à la frontière*, Recueil Dalloz, 1997, p. Jurisprudence-528.

(16) Ver entre muchos, SUDRE, FRÉDÉRIC, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 2ª ed., París, Puf, 1995, p. 206; DE SALVIA, MICHELE, "Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention Européenne des Droits de l'Homme", en *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 253.

(17) Ricardo Lorenzetti dice que existe un claro conflicto entre la tendencia hacia la consagración de los derechos humanos, y las limitaciones que encuentran los estados nacionales para implementarlos plenamente. Un modo de reaccionar es dictar leyes declarativas que solo aparentemente desarrollan el derecho reconocido en un tratado. "Es el caso de las que podríamos denominar leyes sin alma, que tienen declaraciones de objetivos, pero no instrumentos efectivos para lograr que sean una realidad práctica" (LORENZETTI, RICARDO, "Responsabilidad del estado frente a los derechos humanos", en *Rev. Derecho de Daños*, n° 9, 2000, p. 343). Para el tema de la eficacia del derecho a la salud como derecho humano ver, entre muchos, MORTE GÓMEZ, CARMEN, "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos", en Embid Irujo Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009, p. 415.

(18) DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1993, p. 207.

3 | El derecho a la salud como un derecho humano. Las obligaciones positivas de los Estados. Las variables frente a las personas especialmente vulnerables

El derecho a la salud, típico derecho económico y social, requiere de un Estado activo. La Corte IDH sostiene, desde hace muchos años, que el ataque a la Convención, es decir, la injerencia del Estado en los derechos de los individuos, puede producirse no solo a través de acciones sino también de omisiones.

En el “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” del 28/11/2012 se reiteró que:

No basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.⁽¹⁹⁾

En el mismo sentido, el voto razonado del Dr. García Ramírez en la “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” del 04/07/2006 afirma:

El goce y ejercicio del derecho se garantiza a través de abstenciones y prestaciones. La función garantista del Estado, que se abrió paso a través de los derechos de primera generación y su consecuente observancia por el Estado —regularmente una observancia negativa— avanzó un inmenso trecho por medio de los derechos de segunda generación que trajeron consigo la exigencia de promociones y prestaciones públicas.⁽²⁰⁾

(19) CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (‘fecundación *in vitro*’) vs. Costa Rica” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28/11/2012.

(20) CORTE IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, Sentencia del 04/07/2006.

El cumplimiento de esas obligaciones positivas es necesario, con mayor intensidad, en el caso de personas especialmente vulnerables. En ese mismo voto se lee:

2. Los derechos y las garantías universales, que tienen carácter básico y han sido “pensados” para la generalidad de las personas, deben ser complementados, afinados, precisados con derechos y garantías que operan frente a individuos pertenecientes a grupos, sectores o comunidades específicos, esto es, que adquieren sentido para la particularidad de algunas o muchas personas, pero no todas. Esto permite ver, tras el diseño genérico del ser humano, miembro de una sociedad uniforme—que puede alzarse en la abstracción, a partir de sujetos homogéneos— el “caso” o los “casos” de seres humanos de carne y hueso, con perfil característico y exigencias diferenciadas.

3. Ciertamente es tarea del Estado preservar los derechos de todas las personas sujetas a su jurisdicción, concepto de amplio alcance, que por supuesto trasciende las connotaciones territoriales, observando para ello las conductas activas u omisivas que mejor correspondan a esa tutela para favorecer el goce y ejercicio de los derechos. En este sentido, el Estado debe evitar escrupulosamente la desigualdad y la discriminación y proveer el amparo universal de las personas que se hallan bajo su jurisdicción, sin miramiento hacia condiciones individuales o grupales que pudieran sustraerlos de la protección general o imponerles —de *jure* o de *facto*— gravámenes adicionales o desprotecciones específicas.

4. Ahora bien, es igualmente cierto que incumbe al Estado, cuando la desigualdad de hecho coloca al titular de derechos en situación difícil —que pudiera conducir al absoluto inejercicio de los derechos y las libertades— proveer los medios de corrección, igualación, compensación o equilibrio que permitan al sujeto acceder a tales derechos, así sea en condiciones relativas, condicionadas e imperfectas, que la tutela del Estado procura aliviar. Esos medios son otras tantas “protecciones” razonables, pertinentes, eficientes, que se dirigen a ensanchar las oportunidades y mejorar el destino, justamente para alcanzar la

expansión natural de la persona, no para reducirla o evitarla so pretexto de asistencia y protección.

5. Los factores de (ventaja o) desventaja son muy numerosos. Algunos provienen de condiciones propias del sujeto —la salud, la edad o el sexo, entre ellas—; otras, de circunstancias sociales —la condición de indígena, extranjero, detenido, por ejemplo—. Es obligación del Estado, explayada en tratados y convenciones de diverso signo, salir al paso de estas desigualdades, segar la fuente de las discriminaciones y acompañar con eficacia —de la “cuna a la tumba”, si es necesario, como rezaba la divisa del Estado de bienestar— el accidentado curso de la existencia, procurando prevenir, moderar y remediar sus contingencias.

Sobre la base de estas pautas acierta entonces, el voto concurrente o ampliatorio de la jueza May Macaulay recaído en el “Caso Furlan y familiares vs. Argentina” del 31/08/2012.⁽²¹⁾ Ella estima que hubo violación del art. 26 de la Convención Interamericana por las omisiones y deficiencias en la atención médica y la falta de orientación adicional por parte de las distintas instituciones del Estado involucradas —particularmente, luego del accidente sufrido— al obstaculizar el acceso a los beneficios de seguridad social y a un tratamiento oportuno, real, permanente, integral y adecuadamente supervisado que hubiera prevenido o disminuido el deterioro de la salud física y mental de la víctima.

3.1 | El Estado garante

El voto razonado del Dr. Sergio Ramírez en el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” del 04/07/2006 explica:

8. Quien actúa como garante de algo o de alguien, es decir, quien asume la función de garantizar la protección de ciertos bienes a favor de determinadas personas, adquiere el deber de brindar cuidados a esos bienes y personas, compatibles con la tarea que asume, proveniente de la ley, de un acuerdo de voluntades o de otras fuentes del deber de garantía. El Estado es garante, en ge-

(21) MONTERISI, RICARDO, “El plazo razonable en los procesos civiles bajo el foco de la Corte Interamericana”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 12, año XIV, p. 249.

neral, de quienes se hallan bajo su jurisdicción. El deber de cuidado que le compete transita, conforme a las circunstancias, por las más diversas situaciones: desde la garantía general de paz y seguridad, hasta el preciso deber de cuidado que le concierne en el manejo de servicios públicos de primer orden y la atención a sujetos que no pueden valerse por sí mismos o tienen severamente limitada su capacidad de hacerlo. El deber de cuidado del Estado garante varía, pues, en calidad e intensidad, conforme a las características del bien garantizado y de los titulares de ese bien.⁽²²⁾

3.2 | El Estado garante y los servicios de salud prestados por agentes particulares

La obligación del Estado de garantizar el servicio adecuado de salud no se limita a las prestaciones operadas directamente por el Estado, ella alcanza también a los servicios de salud gestionados por particulares.

En el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” del 04/07/2006, la Corte recordó su jurisprudencia reiterada en el sentido que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares, en principio no atribuibles al Estado:

85. ... Las obligaciones *erga omnes* que los Estados tienen de respetar y garantizar las normas de protección, y de asegurar la efectividad de los derechos, proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.

86. Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos.⁽²³⁾

(22) CORTE IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, cit.

(23) *Ibid.*

Concluyó que “la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional”. En este sentido, en el caso se valoró que:

La Casa de Reposo Guararapes, en donde falleció Damião Ximenes Lopes, era un hospital privado de salud que fue contratado por el Estado para prestar servicios de atención psiquiátrica bajo la dirección del Sistema Único de Salud y actuaba como unidad pública de salud en nombre y por cuenta del Estado. Por consiguiente, el Estado es responsable por la conducta del personal de la Casa de Reposo Guararapes, la que ejercía los elementos de autoridad estatal al prestar el servicio público de salud bajo la dirección del Sistema Único de Salud.⁽²⁴⁾

El voto razonado del Dr. García Ramírez amplía de la siguiente manera:

27. ... cuando el Estado resuelve trasladar a otras manos la prestación de un servicio que naturalmente le corresponde —porque forma parte del acervo de derechos sociales a los que corresponden deberes estatales—, no queda desvinculado en absoluto —es decir, “excluido de su responsabilidad estricta”— de la atención que se brinda a la persona cuyo cuidado confía a un tercero. La encomienda es pública y la relación entre el Estado que delega y el tratante delegado existe en el marco del orden público. El tratante privado solo es el brazo del Estado para llevar adelante una acción que corresponde a este y por la que el propio Estado conserva íntegra responsabilidad; es decir, “responde por ella”, sin perjuicio de que la entidad o el sujeto delegados también responsan ante el Estado.⁽²⁵⁾

El voto razonado de García Ramírez en el “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007 insiste en que:

A la hora de resolver sobre violación de derechos humanos y responsabilidades del Estado no se puede perder de vista la naturaleza privada de la institución y de los empleados, funcionarios o profesionales que actúan en ella; pero tampoco la relevancia pública y/o social de la función que aquellos y esta han

.....
(24) *Ibid.*

(25) *Ibid.*

asumido, a la que no pueden ser ajenos el interés, el deber y la supervisión del Estado.⁽²⁶⁾

3.3 | La responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de asegurar el servicio de salud

El Estado que incumple la obligación de asegurar el servicio de salud es normalmente condenado a una serie de prestaciones reparadoras, especialmente si ha tenido pleno conocimiento de la situación.

Así por ejemplo, en el “Caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” del 29/03/2006 se razonó que:

... el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo real y de la situación de vulnerabilidad en la que permanecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaya, en especial los niños, mujeres embarazadas y ancianos, así como de su mortandad. En efecto, los líderes de la Comunidad habían remitido al INDI el informe antropológico elaborado por el señor Miguel Chase-Sardi, en el que se detallaba, entre otras cosas, que se estaban produciendo muertes en las aldeas de la Comunidad Sawhoyamaya, y que sus miembros por años no han tenido la visita de ningún doctor, enfermera o promotor de salud que las atiendan. Consecuencia de todo esto, es la constante mortandad de niños por enfermedades fácilmente curables, como [es] la diarrea, vómitos, etc. El año pasado [...] murieron unos cuatro menores de edad (los datos pertenecieron solo a la aldea Maroma). Llamativamente, los fallecidos son hijos de los empleados de estancias. Como es común, en las comunidades indígenas carentes de tierra propia y adecuada, la situación de la salud empeora debido a que no poseen los alimentos necesarios para completar su dieta alimenticia.⁽²⁷⁾

(26) CORTE IDH, “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 22/11/2007.

(27) CORTE IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 29/03/2006.

De igual modo, en el “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007, la Corte IDH dijo:

117. ... Los derechos a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud humana. Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, e indica que la salud es un bien público (art. 10).⁽²⁸⁾

El voto razonado del Dr. Ramírez recuerda:

2. La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible —y debido— examinar el tema, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad, e incluso desde el ángulo del acceso a la justicia cuando la vulneración de aquellos bienes jurídicos —entraña de los correspondientes derechos— traiga consigo una reclamación de justicia.

6. Por otra parte, la prestación del servicio de protección a la vida y a la integridad en el sector de los cuidados de la salud —con la consiguiente atribución de deberes y reclamación de derechos— se ha difundido notablemente en la sociedad contemporánea, mediante la construcción y el funcionamiento de “sistemas nacionales de salud”. En estos figuran múltiples agentes del servicio y de las correspondientes obligaciones: prestadores privados y públicos, empresas y médicos, auxiliares de la salud, proveedores de insumos, y así sucesivamente. Nos hallamos, pues, ante una red amplísima de derechos y deberes cuya administración compete al Estado moderno, incluso en el supuesto de que este se haya retraído de la prestación directa del servicio, y de la que derivan deberes específicos cada vez

(28) CORTE IDH, “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, cit.

más complejos y numerosos, conectados con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales que se actualizan en este escenario: vida e integridad.⁽²⁹⁾

4 | Visión bioética de las cuestiones relativas al servicio de salud

Muchos de los problemas relativos al servicio de salud pertenecen al ámbito más amplio de la bioética. Así lo dice el voto razonado del Dr. García Ramírez en el “Caso Albán Cornejo y otros c/ Ecuador” del 27/11/2007:

23. Diré, a propósito de las cuestiones que estoy mencionando en este Voto, que en el desarrollo del *corpus juris* interamericano sobre derechos humanos —pendiente de que se resuelva el amplio déficit que aún existe en lo que respecta a suscriptores y ratificadores de la Convención Americana, sus protocolos y los convenios específicos relacionados con derechos humanos— deben contemplarse ciertos temas de suma trascendencia y actualidad (o de antigua vigencia) sobre los que aún no existen declaraciones regionales y mucho menos tratados vinculantes. Entre ellos figuran las conexiones entre la bioética y los derechos humanos, que han sido materia de abundante trabajo a escala mundial, sobre todo en el marco de la UNESCO y de la profesión médica.

24. Son plausibles, en mi concepto, las iniciativas de avanzar en el examen y la emisión de una declaración y, en su hora, de un tratado que examine y oriente en América —o por lo menos en Latinoamérica— la atención de esta materia, sembrada de interrogantes y claroscuros. La presencia de un instrumento regional, asociado a los internacionales generales y especiales, tiene sentido en la medida en que puede cargar el acento sobre problemas que revisten particularidades en los países del área, habida cuenta de condiciones de pobreza, falta de información, insuficiencia tecnológica, existencia de grupos vulnerables, cobertura de los servicios de salud, etcétera.

(29) *Ibid.*

5 | El derecho del paciente a ser informado

La sentencia recaída en el “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007 tiende a dar real eficacia a los derechos de los pacientes. De allí que, no obstante reconocer que el Estado denunciado adoptó diversas medidas para regular la prestación del servicio de salud por los centros públicos y privados, ordenó:

162. ... llevar a cabo, en un plazo razonable, una amplia difusión de los derechos de los pacientes, utilizando los medios de comunicación adecuados y aplicando la legislación existente en el Ecuador y los estándares internacionales.

163. Al respecto, deberá tomar en cuenta, asimismo, lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley de Derechos y Amparo del Paciente emitida el 3 de febrero de 1995: “[l]a obligación de todos los servicios de salud [de] mantener a disposición de los usuarios ejemplares de esta ley y exhibir el texto de los derechos del paciente en lugares visibles para el público.

La Corte también dispuso que Ecuador realice, en un plazo razonable, un programa para la formación y capacitación de los operadores de justicia y profesionales de la salud sobre la normativa que el Ecuador ha implementado relativa a los derechos de los pacientes, y acerca de la sanción por su incumplimiento.

6 | El secreto médico, el derecho a la salud del usuario del servicio y la obligación de denunciar

Cuando quien requiere el servicio de salud ha cometido un hecho ilícito, las cuestiones vinculadas al secreto médico no son fáciles de resolver. La Corte IDH ha tenido oportunidad de referirse a esta cuestión en el “Caso De La Cruz Flores vs. Perú”, fallado el 18/11/2004. Allí dijo que “Perseguir penalmente actividades profesionales lícitas, so pretexto de combatir el

terrorismo, vulnera el artículo nueve de la Convención Americana, al penalizar un hecho lícito: la actividad médica”.⁽³⁰⁾

En este caso, el Tribunal Constitucional del Perú había justificado la sanción con el siguiente argumento:

... respecto de los [m]édicos cuya responsabilidad está acreditada, si bien como profesional de la salud estaban obligados a usar su ciencia a favor de quien la necesita, sin distinción alguna, velando por la vida humana, haciendo caso omiso a credos políticos religiosos, las sindicaciones contra ellos no son simplemente por haber actuado como médicos en favor de elementos terroristas, pues de ser así, no sería delito, sino que cuando un galeno tiene la simple presunción o el conocimiento del origen ilícito de las lesiones causadas a un individuo, está obligado a denunciar el hecho o ponerlo en conocimiento de las autoridades para que realicen las investigaciones respectivas.⁽³¹⁾

O sea, según el Tribunal peruano el médico tiene ambas obligaciones: asistir y denunciar.

La Corte IDH respondió categóricamente con el art. 18 del Convenio de Ginebra de 1949, que señala que “Nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”, y con el art. 16 del Protocolo I y el art. 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, que disponen que “No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Concretamente, en el párrafo 97 de la decisión se lee:

... la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional. Por ejemplo, el Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar

(30) CORTE IDH, “Caso De La Cruz Flores vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 18/11/2004.

(31) *Ibid.*

absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente...

En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, (...) el Estado [peruano] incurrió en una violación del principio de legalidad, por: penalizar el acto médico que no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión.⁽³²⁾

El voto razonado del juez García Ramírez agrega:

8. El Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de estas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquella, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante —o delator— de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión.

9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no solo para bien privado, sino también —y quizás ante todo— para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el

(32) *Ibid.*

abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculpado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión —que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental— la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo.⁽³³⁾

7 | El valor probatorio de la historia clínica

El “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007 también se ocupa de la historia clínica del paciente. Sus afirmaciones pueden servir para fundar decisiones nacionales que se refieren a esta documental, en especial en los casos de mala praxis médica.

67. (...) La custodia del expediente médico se encuentra regulada en la normativa interna de cada Estado, que generalmente la encomienda al médico tratante o a los centros de salud públicos o privados en los que se atiende el paciente. Esto no impide que en caso de fallecimiento del paciente e incluso en otros casos, conforme a la regulación respectiva se proporcione el expediente a los familiares directos o a terceros responsables que demuestren un interés legítimo.

68. En términos generales, es evidente la relevancia del expediente médico, adecuadamente integrado, como instrumento guía para el tratamiento médico y fuente razonable de conocimiento acerca de la situación del enfermo, las medidas adopta-

(33) *Ibid.*

das para controlarla y, en su caso, las consecuentes responsabilidades. La falta de expediente o la deficiente integración de este, así como la ausencia de normas que regulen esta materia al amparo de normas éticas y reglas de buena práctica, constituyen omisiones que deben ser analizadas y valoradas, en atención a sus consecuencias, para establecer la posible existencia de responsabilidades de diversa naturaleza.⁽³⁴⁾

En el voto razonado de García Ramírez se lee:

9. En el caso que ahora nos ocupa se suscitó cuestión a propósito del acceso a la hoja clínica o historia médica del paciente. No sobra destacar la importancia que reviste, para múltiples efectos, este registro amplio y evolutivo de las condiciones en que se halla y la atención que recibe un paciente, registro del que a menudo se carece o que no basta para satisfacer las necesidades para las que ha sido concebido. De ahí las numerosas disposiciones y recomendaciones en torno a la historia clínica: existencia, características, implicaciones, conservación.

10. También es preciso insistir (...) en la necesidad de que el ordenamiento interno contenga puntuales disposiciones, que despejen dudas perturbadoras o alejen soluciones inaceptables, acerca de la comunicación de los datos que contiene el expediente médico, tanto en vida del paciente —cuya capacidad de conocimiento y decisión pudiera hallarse disminuida o suprimida— como una vez que este ha fallecido.

11. Por supuesto, es preciso respetar con escrúpulo la intimidad del sujeto, pero también lo es remover obstáculos, con intervención de las autoridades que provean garantías de buen manejo, para los supuestos en que sea legítimo e indispensable (en función de la calidad de los solicitantes, las circunstancias prevalecientes y los fines que se pretende servir) acceder a datos que permiten adoptar decisiones urgentes o precisar responsabilidades insoslayables.⁽³⁵⁾

.....

(34) CORTE IDH, “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador”, cit.

(35) *Ibid.*

8 | La actuación de los tribunales de ética profesional

La sentencia recaída en el “Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007 aborda otra cuestión relevante como lo es la actuación de los tribunales de ética y su incidencia en la resolución de los conflictos.

La Corte IDH destaca la importancia de la labor que realiza ese organismo “al investigar, y eventualmente sancionar disciplinariamente la conducta profesional de los médicos, entre otras, cuando se alega negligencia en el cumplimiento de la práctica profesional”.⁽³⁶⁾

76. La Corte considera oportuno expresar algunas consideraciones respecto a la labor que realizan los organismos de supervisión profesional médica, tomando en cuenta para ello, en forma destacada, la trascendencia social de las tareas asumidas por los colegios profesionales y sus órganos disciplinarios, la expectativa social que esto genera y el amplio, creciente y deseable examen del ejercicio de los profesionales de la salud desde la perspectiva de la bioética, que se halla en un ámbito de confluencia entre los deberes morales y los deberes jurídicos.

77. Dentro de las funciones de los tribunales de colegios profesionales de la medicina, están las relativas al deber de supervisar y velar por el ejercicio ético de la profesión y proteger aquellos bienes jurídicos que se relacionan con la práctica médica, tales como la vida, la integridad personal y el manejo de la información médico científica sobre la salud de los pacientes.

78. En razón de ello, es fundamental que los órganos de supervisión profesional, al conocer y ejercer control sobre el ejercicio profesional de los médicos y sancionarlos disciplinariamente, lo hagan de forma imparcial, objetiva y diligente para amparar los bienes y valores a los que sirve el desempeño profesional, guiándose por los lineamientos generalmente aceptados de la ética, la bioética, la ciencia y la técnica. No es posible desconocer que las conclusiones a las que llegan los órganos profesionales pueden

(36) *Ibid.*

influir de manera significativa en el examen que hagan, a su vez, las instancias del Estado, aun cuando estas no se hallan formalmente limitadas, condicionadas o vinculadas por aquellos.⁽³⁷⁾

En el voto razonado del Dr. García Ramírez se encuentran consideraciones relevantes sobre la actuación de estos organismos:

17. En este caso se ha tenido a la vista la argumentación que las partes formulan a propósito de la intervención que tuvo un órgano colegial (Tribunal de Honor), convocado a pronunciarse sobre determinados aspectos del tratamiento médico que recibió el paciente. Esto atrae el interés sobre el papel de los cuerpos colegiales que tienen a su cargo pronunciamientos sobre cuestiones éticas o técnicas. Tómese en cuenta que aquellos pudieran ser jurídicamente relevantes para los miembros del colegio respectivo, para terceros que invocan una responsabilidad profesional o un derecho al conocimiento (certificado profesionalmente) acerca de determinados hechos, y en definitiva, para la formación de criterios más o menos decisivos acerca de la prestación de servicios de gran importancia (como la protección de la vida y la integridad, a través de la atención de la salud) y las expectativas que al respecto puede abrigar una sociedad.

18. Ciertamente hay que distinguir entre los pronunciamientos de una agrupación privada, que existe y actúa por la sola voluntad de sus integrantes (aunque bajo las normas que rigen este género de personas colectivas: regularmente, mandamientos civiles) y cuyas decisiones poseen reducida trascendencia, y los de las entidades o instituciones creadas por un acto del Estado (una ley, por ejemplo) que les atribuye determinadas facultades con fuerza sobre la conducta y los derechos de sus miembros.

19. Asimismo, corresponde examinar el impacto o la trascendencia que esos pronunciamientos pudieran tener o pretender con respecto a terceros, ajenos a la corporación respectiva, tomando en cuenta si estos disponen de ciertos derechos efectivos o son apenas testigos y, en cierto modo, destinatarios “impotentes” de las decisiones de la entidad. Y también es preciso deslindar si los

(37) *Ibid.*

acuerdos que esta adopta condicionan, subordinan o mediatizan el ejercicio de obligaciones o potestades conferidas a órganos formales del Estado para el ejercicio de atribuciones naturalmente públicas, como la impartición de justicia o el control de los prestadores del servicio de salud.

20. Cuando no existe ese condicionamiento —como la Corte advirtió en [este caso]— el Estado debe actuar conforme a sus atribuciones, sin más requisito o demora. Cuando existe, habrá que considerar la condición (que puede constituir requisito de procedibilidad, obstáculo procesal o cuestión prejudicial), y será preciso analizar, de *lege ferenda*, la pertinencia de mantener un condicionamiento que perturba el derecho de un tercero.

21. Las reflexiones que pudieran hacerse en este caso no solo abarcarían, con las especificidades correspondientes, a los colegios de profesionales —en la hipótesis, un colegio médico— que son cuerpos tradicionales de defensa y vigilancia gremial, *lato sensu*, sino también a otras figuras que hoy operan en la materia que nos atañe, y que están llamadas a actuar en forma cada vez más relevante y decisiva. Tal es el caso de los comités o las comisiones de ética y bioética, ampliamente invocados y prohijados por instrumentos nacionales e internacionales e instituidos en centros de salud e investigación.

22. En todos estos supuestos, el quehacer de los cuerpos dictaminadores —cuyos acuerdos poseen diversa incidencia sobre la marcha de las instituciones a las que pertenecen y la conducta de las autoridades públicas— se halla inmerso en una normativa nacional e internacional, general y sectorial, ética y jurídica, además de científica y técnica, que debieran conocer y aplicar adecuadamente. Es indispensable tomar en cuenta que sus decisiones, sugerencias y orientaciones ejercerán notable influencia sobre la definición y el ejercicio de los derechos y la comprensión y el cumplimiento de las obligaciones de quienes participan, bajo diversos conceptos, en la cotidiana relación entre los prestadores y los demandantes de servicios que comprometen la vida y la integridad de las personas.⁽³⁸⁾

(38) *Ibid.*

9 | El usuario del sistema de salud y las enfermedades mentales⁽³⁹⁾

9.1 | La especial vulnerabilidad de la persona con enfermedad mental

En el “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” del 04/07/2006 la Corte IDH señaló la obligación del Estado de asegurar la integridad de las personas que necesitan tratamiento psiquiátrico. Con esa finalidad, dijo, existen hospitales administrados por el Estado que coexisten con hospitales privados. “Tales instituciones, (...) necesitan no solo una licencia, sino también una supervisión competente y de forma regular, para averiguar si el confinamiento y el tratamiento médico están justificados”.⁽⁴⁰⁾

También insistió en “103. ... que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial”.⁽⁴¹⁾ Consecuentemente no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.

104. En tal sentido, los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales (...) Es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas

(39) Sobre la cuestión de la salud mental desde la órbita de los derechos humanos ver, entre muchos, FAMA, MARÍA V.; HERRERA, MARISA; PAGANO, LUZ M., *Salud mental en el derecho de familia*, Bs. As., Hammurabi, 2008, pp. 23/93.

(40) CORTE IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, cit. Ver, TEDH, *Storck c. Alemania*, Sentencia del 16/06/2005, p. 103.

(41) CORTE IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, cit.

necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición.⁽⁴²⁾

La Corte IDH, con realismo, verifica que:

105. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.

106. ... las personas con discapacidad que viven o son sometidas a tratamientos en instituciones psiquiátricas, son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante. La vulnerabilidad intrínseca de las personas con discapacidades mentales es agravada por el alto grado de intimidad que caracteriza los tratamientos de las enfermedades psiquiátricas, que torna a esas personas más susceptibles a actos abusivos cuando son sometidos a internación.⁽⁴³⁾

Subrayó que, en estos ámbitos,

107. ...el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad, se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. La tortura y otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, cuando infligidas a esas personas afectan su integridad psíquica, física y moral, suponen una afrenta para su dignidad y restringen gravemente su autonomía, lo cual podría tener como consecuencia agravar la enfermedad.⁽⁴⁴⁾

.....
(42) *Ibid.*

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*

En suma, concluyó: “109. La atención de salud mental debe estar disponible a toda persona que lo necesite”.⁽⁴⁵⁾

El voto razonado del Dr. García Ramírez compara la situación de la persona privada de salud mental internada con la de los detenidos en las cárceles y otros ámbitos:

13. La condición especial de garante del Estado se puede considerar en supuestos específicos derivados de una situación jurídica o una determinación biopsicológica que pone en manos del poder público (...) una mayor carga de deberes de conducción y/o protección de carácter directo, y en correspondencia determinan en el individuo una cierta reducción de su esencial autonomía (...) A esta categoría heterogénea corresponden los supuestos de privación de libertad que restringen este y otros derechos —no obstante las proclamaciones en sentido diferente— con fines de aseguramiento o punición (presos), terapéuticos (enfermos) o educativos (educandos internos).⁽⁴⁶⁾

Y agrega:

14. Parece evidente que la reducción más intensa del autogobierno personal se presenta en los enfermos mentales (...) frecuentemente sustraídos, cuando se hallan en régimen de internamiento determinado por dolencias severas, a las más elementales decisiones, y confiados —en el seno de una institución dotada de los reglamentos y sujeciones más intensos— a la autoridad casi absoluta de sus tratantes y custodios. No sucede lo mismo, a pesar de existir notables factores de reducción, en otras hipótesis: ni siquiera en lo que respecta a los infractores, que conservan diverso grado de autonomía, más o menos elemental, en función de la lucidez que mantienen y del espacio —a veces muy reducido física, social e institucionalmente— en el que pueden ejercerla. Con todo, la historia de la autonomía —o mejor, de la heteronomía— y la sujeción en las prisiones corre paralela a la historia de esos mismos fenómenos en los internados para enfermos men-

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*

tales, personajes del universo de los excluidos. Van de la mano, en esa crónica oscura, el criminal y el “poseso”.

18. En tanto existe una responsabilidad más amplia, que solicita una respuesta más completa —integral, absoluta— cabe esperar del Estado que atiende al paciente psiquiátrico una garantía más extensa, profunda y constante de los derechos del individuo privado de las condiciones que le permitirían ejercerlos por sí mismo: vida, alimento, salud, relación, por ejemplo. Esta garantía se proyecta en todas las direcciones naturalmente practicables: tanto en abstenciones —v. gr., respeto a la integridad, abstención de experimentos ilícitos, maltrato— como en acciones o prestaciones —el suministro de satisfactores que moderen la desgracia y favorezcan, si es posible, la recuperación de la salud o la supresión del dolor y la angustia.

19. Junto a la deplorable condición de las prisiones, advertida y señalada una y otra vez por la Corte Interamericana, surge ahora la pésima condición de algunas —¿cuántas?— instituciones de tratamiento de enfermos mentales. La resistencia de los afectados, en aquellos casos, suele ser calificada como motín —ciertamente no como inconformidad democrática— y reprimida con severidad. La protesta, si la hay, por parte de los enfermos mentales, venciendo las brumas de la ausencia o la extrañeza, puede desembocar en un destino acaso peor: la absoluta indiferencia o la aplicación de correctivos “terapéuticos” que constituyen, en el fondo, castigos muy severos o intimidaciones sin sentido. La reacción del prisionero es consecuencia de la “mala entraña”; la del enfermo mental, de la “locura”: esta es, por definición, irracional e inatendible.⁽⁴⁷⁾

Y sabiamente concluye: “21. Entre el ser humano privado de razón y el Estado dotado de poder —no apenas la fuerza física del guardián, sino la fuerza científica del tratante— solo existe la línea divisoria de los derechos humanos y la voluntad del Estado de cumplir la encomienda de garante que le atribuye la Constitución”.⁽⁴⁸⁾

.....
(47) *Ibid.*

(48) *Ibid.*

En consecuencia,

25. Por su condición humana y a despecho de su dolencia, el enfermo mental conserva derechos que solo es legítimo afectar a través de medidas legalmente previstas y rigurosamente acreditadas, consecuentes con las características del padecimiento y las necesidades del tratamiento, razonables y moderadas en la mayor medida posible, que eviten el sufrimiento y preserven el bienestar. La evolución del delincuente o del menor de edad, que finalmente salieron del imperio de la fuerza —o de la pura benevolencia, en el mejor de los casos— para ingresar en el del derecho y la razón, investidos de facultades exigibles y garantías accesibles, no se ha presentado con la misma diligencia, si acaso alguna, e intensidad, la que esta sea, en el ámbito de los pacientes psiquiátricos, mucho más expuestos que aquellos al imperio del custodio y la decisión del profesional.⁽⁴⁹⁾

9.2 | La descripción del marco fáctico en el “Caso Ximenes Lopes” a la luz de las obligaciones omitidas por el Estado

Sobre la base de la prueba rendida, el Tribunal tuvo

“120. ... por establecido que en la Casa de Reposo Guararapes existía un contexto de violencia en contra de las personas ahí internadas, quienes estaban bajo la amenaza constante de ser agredidas directamente por los funcionarios del hospital, o bien de que estos no impidiesen las agresiones entre los pacientes, ya que era frecuente que los empleados no tuviesen entrenamiento para trabajar con personas con discapacidades mentales. Los enfermos se encontraban sujetos a la violencia también cuando entraban en un estado crítico de salud, ya que la contención física y el control de pacientes que entraban en crisis, era frecuentemente realizada con la ayuda de otros pacientes. La violencia, sin embargo, no era el único obstáculo para la recuperación de los pacientes de la Casa de Reposo Guararapes, sino que las

.....
(49) *Ibid.*

precarias condiciones de mantenimiento, conservación e higiene, así como de la atención médica, también constituían una afrenta a la dignidad de las personas ahí internadas. En la Casa de Reposo Guararapes el almacenamiento de los alimentos era inadecuado; las condiciones higiénicas y sanitarias del hospital eran precarias, los baños se encontraban dañados, sin duchas, lavamanos, ni basurero y el servicio sanitario se encontraba sin cobertura ni higiene; no había médico de planta, la atención médica a los pacientes era frecuentemente prestada en la recepción del hospital, y algunas veces faltaba medicación; faltaban aparatos esenciales en la sala de emergencias, tales como tubos de oxígeno, "aspirador de secreción" y vaporizador; en los prontuarios médicos no constaba la evolución de los pacientes ni los informes circunstanciados de seguimiento que debían hacer los profesionales de asistencia social, psicología, terapia ocupacional y enfermería; el propietario del hospital no se encontraba presente de forma asidua, por lo que era evidente la falta de administración. En resumen, y según señaló la Comisión de Investigación Administrativa instaurada con posterioridad a la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, la Casa de Reposo Guararapes "no ofrec[ía] las condiciones exigibles y [era] incompatible con el ejercicio ético-profesional de la Medicina".⁽⁵⁰⁾

Lamentablemente, la descripción no variaría si se tratara de algunos centros de salud mental en nuestro propio país. Recuérdese que la sentencia de la Corte Interamericana fue citada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su decisión del 19/02/2008 donde mostró sin tapujos a una persona carente de salud mental en busca de algún juez competente para controlar su especial situación.⁽⁵¹⁾

.....

(50) *Ibid.*

(51) CSJN, 19/02/2008, JA 2008-II-113, con nota de MORLACHETTI, ALEJANDRO, *La jurisprudencia de la Corte Suprema y los Derechos humanos en el ámbito de la salud mental*. La Corte Federal recuerda asimismo la jurisprudencia del TEDH, en especial "Winterwerp v. Países Bajos" del 24/10/1979; "X v. Reino Unido" del 05/11/1981; "Luberti v. Italia" del 23/02/1984; "Hutchinson Reid v. Reino Unido", 20/05/2003 y "HL v. Reino Unido" del 05/10/2004. El caso Luberti se registra en versión en italiano, en DE SALVIA, MICHELE; ZAGREBELSKY, VLADIMIRO, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 570. Otro precedente importante, aunque no está referido a la salud mental, es el del 25/01/2005 recaído en la causa "Enhorn v. Suecia" (Ver CIERCO SEIRA, CÉSAR, "Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa", en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje*

9.3 | El derecho a la autonomía de las personas con discapacidad. El consentimiento informado. Especial situación de las personas con discapacidad mental

En el “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica” del 28/11/2012, al referirse, en general, a las personas con discapacidad señala:

292. ... en este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.⁽⁵²⁾

La sentencia del “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” insiste en el deber de los Estados de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. Esto se traduce “en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales”.⁽⁵³⁾ Pero no se detiene allí, sino que especifica los fines a alcanzar para que la atención sea eficaz:

130. La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas. El Tribunal

.....
al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Zaragoza, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, t. I, 2009, p. 805.

(52) CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, cit.

(53) CORTE IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, cit.

reconoce que este último principio no es absoluto, ya que la necesidad misma del paciente puede requerir algunas veces la adopción de medidas sin contar con su consentimiento. No obstante, la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado.⁽⁵⁴⁾

io | La interrupción del embarazo como un servicio médico a cargo del Estado en los casos en los que esa práctica está despenalizada

La sentencia de la Corte IDH recaída en el "Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" del 28/11/2012 es un fuerte respaldo a lo resuelto por la Corte Federal argentina en el caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", el 13/03/2012.⁽⁵⁵⁾ Como se recuerda, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, decidió:

... exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos.

.....
(54) *Ibid.*

(55) La sentencia fue ampliamente comentada, a favor y en contra (ver, por ejemplo, los trabajos publicados en JA 2012-II-269 y ss; JA 2012-III-371 y ss; LL 2012-B-241; LL 2012-C-199 y ss. La revista *El Derecho* dedicó prácticamente todo un tomo a criticar la decisión (tomo 247)). Ver, especialmente, el comentario a la sentencia del Superior Tribunal de Chubut del 08/03/2010, convalidado por la CSJN, de GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "Aborto voluntario no punible y justicia constitucional", en *Rev. DFyP*, año 2, n° 3, 2010, p. 234.

En particular, deberán: contemplar pautas que garanticen la información y la confidencialidad a la solicitante; evitar procedimientos administrativos o períodos de espera que retrasen innecesariamente la atención y disminuyan la seguridad de las prácticas; eliminar requisitos que no estén médicamente indicados; y articular mecanismos que permitan resolver, sin dilaciones y sin consecuencia para la salud de la solicitante, los eventuales desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniente y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.

En definitiva sostuvo que se trata de un servicio de salud que debe ser eficazmente prestado, pues de otro modo, el Estado argentino compromete su responsabilidad internacional.

En efecto, la Corte IDH convalidó la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en torno al art. 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos en el sentido que no corresponde interpretar de modo restrictivo el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias⁽⁵⁶⁾. En realidad, lo decidido por el Tribunal Interamericano es coherente con lo aconsejado por otros organismos internacionales. Así por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos viene diciendo desde 2000 que:

Preocupa al Comité que la criminalización del aborto disuada a los médicos de aplicar este procedimiento sin mandato judicial incluso cuando la ley se lo permite, por ejemplo, cuando existe un claro riesgo para la salud de la madre o cuando el embarazo resulta de la violación de una mujer con discapacidad mental. El Comité expresa también su inquietud ante los aspectos discriminatorios de las leyes y políticas vigentes, que da como resultado un recurso desproporcionado de las mujeres pobres y de las que habitan en zonas rurales a un aborto ilegal y arriesgado.⁽⁵⁷⁾

(56) CORTE IDH, "Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica", cit., nota al pie 423.

(57) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, "Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos", Argentina, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG, 2000, párr. 14.

Diez años más tarde, concretamente, respecto a la situación argentina, dijo:

El Comité expresa su preocupación por la legislación restrictiva del aborto contenida en el art. 86 del Código Penal, así como por la inconsistente interpretación por parte de los tribunales de las causales de no punibilidad contenidas en dicho artículo (arts. 3° y 6° del Pacto). El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que estas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del art. 86 del Código Penal.⁽⁵⁸⁾

II | La infertilidad como “enfermedad” y la obligación del Estado de asegurar este servicio de salud

En la Argentina el legislador se mantiene silencioso sobre las técnicas de reproducción humana asistida. La normativa del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial ha provocado reacciones de todo tipo. Además la cobertura del servicio médico ha dado lugar a una jurisprudencia vacilante.⁽⁵⁹⁾

(58) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto, Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Argentina”, CCPR/C/ARG/CO/4, 31 de marzo de 2010, párr. 13.

(59) Véase, entre otras notas que comentan esta jurisprudencia, BERBERE DELGADO, JORGE C., “Fertilización asistida y el principio ‘pro homine’”, en *Revista DFyP*, año III, n° 2, 2011, p. 281; FAMA, MARIA V., “La infertilidad y al acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano”, *LL* 2009-D-79; KRASNOW, ADRIANA, “Cobertura de un tratamiento de procreación humana asistida con empleo de óvulo de dadora”, en *Revista DFyP*, año 2, n° 3, abril 2010, p. 209; LUFT, MARCELO E., “Derecho a la salud reproductiva desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista DFyP*, año III, n° 3, abril 2011, p. 283; ROSALES, PABLO, “Análisis legal y jurisprudencial sobre cobertura de fertilización humana asistida y sus técnicas médicas”, en *Revista DFyP*, año III, n° 2, 2011, p. 191; VALLEJO, GRACIELA, “A favor de la vida, el derecho a nacer y contra la discriminación”, en *Revista DFyP*, 2010; KUSINSKY, DARIO, “¿Cuántos fallos se necesitan para tener una ley? La necesidad de una ley en materia de fertilidad”, *LL* 2009-D-273; WEBB, MARIA SOLEDAD, “Límites en la cobertura de la medicina reproductiva”, en *Revista DFyP*, año V, n° 1, 2013, p. 177.

El “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, resuelto por la Corte IDH el 28/11/2012, sirve para aclarar una serie de cuestiones. La Corte recordó que:

El primer nacimiento de un bebé producto de la FIV ocurrió en Inglaterra en 1978. En Latinoamérica, el nacimiento del primer bebé producto de la FIV y la transferencia embrionaria fue reportado en 1984 en Argentina. Desde que fuera reportado el nacimiento de la primera persona como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante “TRA”), “cinco millones de personas han nacido en el mundo gracias a los avances de esta [tecnología]”. Asimismo, “[a]nualmente, se realizan millones de procedimientos de TRA”.⁽⁶⁰⁾

Además tuvo presente que, según la Organización Mundial por la Salud (en adelante, OMS) la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. Valoró dos periciales:

288. ... según el perito Zegers-Hochschild, “la infertilidad es una enfermedad que tiene numerosos efectos en la salud física y psicológica de las personas, así como consecuencias sociales, que incluyen inestabilidad matrimonial, ansiedad, depresión, aislamiento social y pérdida de estatus social, pérdida de identidad de género, ostracismo y abuso (...) [G]enera angustia, depresión, aislamiento y debilita los lazos familiares”. La perito Garza testificó que “[e]s más exacto considerar la infertilidad como un síntoma de una enfermedad subyacente. Las enfermedades que causan infertilidad tienen un doble efecto (...) dificultando el funcionamiento de la infertilidad, pero también causando, tanto a corto como a largo plazo, problemas de salud para el hombre o la mujer”. En sentido similar, la Asociación Médica Mundial ha reconocido que las tecnologías reproductivas difieren del tratamiento de enfermedades en que la incapacidad para ser padres sin ayuda médica no siempre se considera una enfermedad. Aun cuando pueda tener profundas consecuencias psicosociales, y por tanto médicas, no es en sí

(60) CORTE IDH, “Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, cit.

misma limitante de la vida. Sin embargo, sí constituye una causa significativa de enfermedades mentales graves y su tratamiento es claramente médico.⁽⁶¹⁾

Respecto a las diferentes técnicas de reproducción humana asistida, señaló, con razón, que:

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema, ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones.

310. Tomando bajo consideración que la pérdida embrionaria ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, el argumento de la existencia de manipulación consciente y voluntaria de células en el marco de la FIV solo puede entenderse como ligado al argumento desarrollado por la Sala Constitucional en torno a la protección absoluta del derecho a la vida del embrión, el cual ha sido desvirtuado en secciones anteriores de la presente Sentencia (...) La Corte observa que el perito Zegers-Hochschild resaltó que “[e]l proceso generativo de la vida humana incluye la muerte embrionaria como parte de un proceso natural y necesario. De cada 10 embriones generados espontáneamente en la especie humana, no más de 2 a 3 logran sobrevivir a la selección natural y nacer como una persona. Los restantes 7 a 8 embriones mueren en el tracto genital femenino, la mayor de las veces, sin conocimiento de su progenitora.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV.⁽⁶²⁾

.....
(61) *Ibid.*

(62) *Ibid.*

Insistió, con apoyo en el perito Zegers-Hochschild, que cabe diferenciar:

... lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer...⁽⁶³⁾

Con base en estas nociones concluyó que, en Costa Rica, las personas con infertilidad —al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional— deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.

12 | ¿Siempre es necesario penalizar para que los derechos humanos estén protegidos?

12.1 | Planteo del tema

Dejo para el final una cuestión que me preocupa desde hace años: frente a una violación de un derecho humano, ¿el derecho penal necesariamente debe entrar en juego?⁽⁶⁴⁾

La respuesta no es sencilla. Las víctimas siempre reclaman el funcionamiento del sistema penal, sanciones cada vez más severas, acciones imprescriptibles, entre otras. Reconozco que, en ocasiones, la lectura atenta de una decisión de la Corte IDH da la sensación de que, para el Tribunal, si no se sanciona penalmente al responsable, no hay verdadera reparación

.....
(63) *Ibid.*

(64) Ver ESPOSITO, ANDREANA, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, Giappichelli, 2008.

a la víctima. Personalmente, entiendo que el derecho penal no siempre es el instrumento adecuado y que la reparación de las víctimas de estos ataques puede provenir de otras fuentes mucho más eficaces.

Concretamente en esta posición, para un supuesto de mala praxis médica, en “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007, la Corte IDH dijo:

135. En el presente caso, se aduce la inexistencia o la deficiencia de normas sobre mala praxis médica. Desde luego, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, entre ellas, la emisión de normas penales y el establecimiento de un sistema de justicia para evitar y sancionar la vulneración de derechos fundamentales, como la vida y la integridad personal. Por lo que toca a la materia penal sustantiva, ese propósito se proyecta en la inclusión de tipos penales adecuados sujetos a las reglas de legalidad penal, atentos a las exigencias del derecho punitivo en una sociedad democrática y suficientes para la protección, desde la perspectiva penal, de los bienes y valores tutelados. Y por lo que atañe a la materia penal procesal, es preciso disponer de medios expeditos para el acceso a la justicia y la plena y oportuna satisfacción de las pretensiones legítimas.

136. La mala praxis médica suele ser considerada dentro de los tipos penales de lesiones u homicidio. No parece indispensable instituir tipos específicos sobre aquella si basta con las figuras generales y existen reglas pertinentes para la consideración judicial de la gravedad del delito, las circunstancias en que este fue cometido y la culpabilidad del agente. Sin embargo, corresponde al propio Estado decidir la mejor forma de resolver, en este campo, las necesidades de la punición, puesto que no existe acuerdo vinculante acerca de la formulación del tipo, como los hay en otros casos en que los elementos esenciales de la figura penal e inclusive la precisión de tipos autónomos se hallan previstos en instrumentos internacionales, así por ejemplo, genocidio, tortura, desaparición forzada, etc.

137. En relación con lo anterior, la Corte toma nota de la decisión del Estado en el sentido de revisar la legislación penal acerca de la mala praxis médica e incorporar en ella las precisiones

necesarias para adecuar el régimen de la materia en forma que favorezca la debida realización de la justicia en este ámbito.⁽⁶⁵⁾

El voto razonado del juez Sergio García Ramírez, en mi opinión uno de los magistrados que mejor ha abordado esta difícil cuestión, dice:

14. La sentencia del presente caso ha resuelto, a mi juicio acertadamente, que no es indispensable incorporar a la normativa penal un tipo específico de mala práctica, que sería una figura generalmente culposa. Pudiera resultar suficiente con las normas generales (sin perjuicio de incluir calificativas: tipos calificados) acerca del homicidio o las lesiones —y acaso otros resultados que configuren conductas punibles— a condición de que basten para atender con oportunidad, suficiencia y proporcionalidad todas las conductas ilícitas que pudieran presentarse, excluyendo espacios de completa impunidad o benevolencia inadmisibles, que acaba por ser impunidad.

15. Esta situación, que permite al Estado opciones de técnica legislativa, difiere de la que se presenta cuando un instrumento internacional, vinculante para aquel, contiene una descripción del hecho criminal, producto de una larga elaboración a la que concurren la preocupación y la decisión de la comunidad internacional. Tales son los casos, mencionados por la Corte del genocidio, la tortura y la desaparición forzada, por ejemplo. En estos, la decisión legislativa del Estado se halla condicionada por una decisión normativa precedente, en la que también participó el Estado cuando ratificó el tratado internacional respectivo o adhirió a él, y en la que se hallan los elementos que "debe" contener la descripción típica interna.

16. Es cierto que el Estado puede reconstruir la descripción típica que hace la norma internacional, reformulando algún elemento o trayendo otros, pero también lo es que esa reconstrucción no debiera significar la reducción del trato penal de los hechos, que es de obligatoria observancia para el legislador interno, sin perjuicio de que este amplíe la protección penal del bien jurídico tutelado. Aquello plantearía una discontinuidad entre el deber estatal de

(65) CORTE IDH, "Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", cit.

cumplir la norma internacional de protección penal del bien o el derecho, y la decisión del legislador penal interno que fija el tipo. La discontinuidad pudiera significar incompatibilidad y generar, en su caso, responsabilidad internacional.⁽⁶⁶⁾

12.2 | La prescripción de la acción penal

Si se piensa que toda violación de un derecho humano debe tener como consecuencia una sanción penal, debe resolverse si la acción debe ser imprescriptible.

En “Albán Cornejo y otros vs. Ecuador” del 22/11/2007, la Corte IDH dijo:

111. La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado.⁽⁶⁷⁾ En el presente caso, no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales.⁽⁶⁸⁾

La argumentación concluye:

112. Por otra parte, el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un

.....

(66) *Ibid.*

(67) Ver CORTE IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú” (Fondo), Sentencia del 14/03/2001, Serie C, n° 75, párr. 41; “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 26/09/2006, Serie C, n° 154, párr. 110; y “Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 11/05/2007, párr. 294.

(68) *Ibid.*

proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.⁽⁶⁹⁾

El voto razonado del Dr. García Ramírez aclara aún más la situación:

25. Hay un punto de la sentencia sobre el que conviene llamar la atención. Me refiero a la prescripción de la acción penal para perseguir cierto hecho que implica responsabilidad penal médica (en rigor, prescripción de la pretensión punitiva). Al reflexionar sobre esta materia es preciso traer a cuentas lo que la prescripción significa en el espacio de las defensas del inculpaado, y por lo tanto de sus derechos sustantivos y/o procesales, y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina.

26. La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de estos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del *corpus juris* y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno.

27. El derecho internacional de los derechos humanos ha traído consigo una relectura de ciertos derechos, a veces asociados a los grandes dogmas del liberalismo que introdujo preciosas reformas en la vieja regulación penal, sobre todo a partir del siglo XVIII. No diré que la garantía de prescripción (que sustrae al autor de un delito de la exigencia de responsabilidad penal) sea necesariamente uno de esos “nuevos derechos releídos”. La regla de prescripción —en la que juega el dilema entre justicia y seguridad— proviene de mucho tiempo atrás. Sea lo que fuere, ha constituido y constituye, conforme a la regulación penal más constante, una defensa del inculpaado, y figura bajo ese

(69) *Ibid.*

título en el catálogo de los derechos de los que este puede echar mano para oponerse a la persecución penal del Estado.

29. La tutela de los derechos humanos frente a violaciones especialmente graves e insoportables, que pudieran quedar a salvo de sanción —diluyendo el deber de justicia penal derivado de la obligación de garantía que incumbe al Estado— ha llevado a excluir ciertos hechos del régimen ordinario de prescripción, e incluso de un trato prescriptivo más riguroso instalado sobre determinadas condiciones y plazos más prolongados, que tienden a mantener viva la potestad persecutoria del Estado.

30. Ahora bien, esa imprescriptibilidad de la pretensión (y, en su caso, de la potestad de ejecución) no debiera extenderse a cualquier hipótesis delictuosa. La reducción o exclusión de derechos y garantías tiene carácter extremo en el examen sobre la pertinencia de mantener ciertos derechos tradicionales, cuando se quiere proveer, por aquel medio riguroso, a la mejor protección de otros derechos y libertades. La supresión de derechos acostumbrados debe ser, por lo tanto, excepcional, no regular o rutinaria, y vincularse precisamente con las más graves violaciones a los derechos humanos (habida cuenta de la evolución contemporánea del orden jurídico internacional: derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario, derecho internacional penal, con amplio desarrollo normativo y examen jurisprudencial y doctrinal).

31. Es así que se considera la entidad o magnitud de esas muy graves violaciones para justificar la reducción de derechos y garantías ordinariamente aplicables, como sucede en el supuesto de la prescripción. Esto no conduce a desestimar o soslayar la importancia de un hecho específico, como el que se ha puesto *sub judice* del orden nacional en el presente caso, sino a razonar la pertinencia de que la prescripción opere en ese extremo. En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna.⁽⁷⁰⁾

(70) *Ibid.*

13 | Palabras de cierre

Los dos primeros artículos del Proyecto de Código Civil y Comercial aprobado por el Senado en noviembre de 2013 disponen:

Art. 1º.- Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Art. 2º.- Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Como he dicho al comienzo, el usuario del servicio de salud está amparado por la Constitución y por los tratados internacionales de derechos humanos, fuentes del derecho privado y elementos primordiales para su interpretación.

Ninguno de los dos artículos transcritos innova sobre el sistema actualmente vigente, integrado por la reforma constitucional de 1994 y la interpretación sistemática del ordenamiento que guía a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No cabe duda, pues, que conocer la jurisprudencia de la Corte IDH es casi un imperativo, no solo de jueces y abogados, sino de cada funcionario público y de cada operador del sistema de salud. Atacar el derecho a la salud y desconocer esa jurisprudencia evidentemente, puede ser causa de responsabilidad internacional del Estado. Hay que seguir luchando pues, por el derecho a tener derechos, que es lo mismo que decir, el derecho de cada individuo de pertenecer a la humanidad.⁽⁷¹⁾

.....
(71) ARENDT, HANNA, *Le origini del totalitarismo*, trad. de A. Guadagnin, Milano, Comunità, 1996, p. 413. Ver igualmente, RODOTÀ, STEFANO, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.

Responsabilidad civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental

por **JULIO A. MARTÍNEZ ALCORTA**⁽¹⁾

I | Introducción

En general, cuando se piensa en la responsabilidad civil de los profesionales, se lo hace desde la perspectiva del ejercicio individual, que es lo que ocurre de manera más frecuente al momento de incoar los reclamos a pesar de que se demande a un equipo de profesionales. En estos casos mayormente se tratan de equipos multidisciplinarios, como cuando se demanda al cirujano y al anestesista en un juicio de mala praxis médica. Pero en materia de salud mental, esa forma de intervención multidisciplinaria comenzó a ser sustituida por el abordaje interdisciplinario a partir de la sanción de la primera Ley Nacional de Salud Mental (en adelante LSM),⁽²⁾ aunque en rigor aquellos dispositivos que trabajan seriamente ya lo hacían de este modo desde mucho tiempo atrás. La diferencia sustancial es que hoy dicha forma de abordaje es una obligación legal en procura de una prestación del servicio de mayor calidad.

.....

(1) Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Doctorando en el área Civil. Auxiliar Docente en Familia y Sucesiones. Funcionario Letrado de la Defensoría General de la Nación dedicado principalmente a las cuestiones jurídicas derivadas de las discapacidades mentales. Autor de distintos artículos y colaboraciones en obras colectivas relacionadas con la temática. Integrante de la Subcomisión de Salud Mental que presidió el Dr. Alfredo J. Kraut, convocado por la Comisión Reformadora para participar en la redacción de la parte pertinente del Anteproyecto de Unificación del Código Civil y Comercial.

(2) Ley 26.657, BO 03/12/2010, sancionada el 25/11/2010, promulgada el 02/12/2010.

2 | La labor interdisciplinaria

Previo a entrar en la responsabilidad civil de los equipos interdisciplinarios de salud mental, tenemos que tener claro qué es la interdisciplinariedad y sus diferencias con las formas de trabajo disciplinarias, multidisciplinarias y la transdisciplinarias, conceptos que tienen sus contornos todavía difusos para la epistemología, con lo cual solo expondré una somera aproximación siguiendo a Muñiz.⁽³⁾

Una **disciplina** recorta un área de la realidad para definirla como su objeto de estudio con el fin de encararla con un método propio para organizar y sistematizar el conocimiento obtenido. La **multidisciplina** o **pluridisciplina** consiste en el abordaje del mismo objeto de estudio por diversas disciplinas que confluyen para aportar su respectiva visión, como podría ser el caso de las interconsultas. Se produce una yuxtaposición de saberes que enriquece la mirada disciplinar. En cambio, en la interdisciplina, en lugar de yuxtaponerse esas miradas, se intersectan. Vale decir, sus conclusiones se funden en una sola, lo que requiere un nivel de diálogo, discusión y apertura entre los profesionales que permita que dicha parte del trabajo se integre. Para ello, cada profesional asume como propia la intervención de las otras disciplinas, dejando "invadir" parte de su territorio del conocimiento científico. Por último, la transdisciplina supone un grado de integración aún mayor. Persigue la construcción de un marco conceptual común para las distintas disciplinas participantes, es decir, excede el caso concreto y se convierte en el medio común en el cual se mueven sus integrantes con habitualidad en todo el desempeño profesional.

Pero no hay que confundir transdisciplina con **paradigma**. Un paradigma comprende todas las producciones científicas de todas las disciplinas involucradas que son reconocidas universalmente como válidas en un determinado momento histórico. Estas producciones generan reglas y principios para la solución de problemas en un área de la ciencia. Así, se crea una cosmovisión, es decir, un enfoque totalizador que desborda al objeto de estudio. Por ejemplo, un académico, cualquiera sea su disciplina, e

(3) MUÑIZ, CARLOS, "El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el decreto 603/2013", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 2, A-6, La Ley, 2014, p. 162.

independientemente de si trabaja o no en forma inter o transdisciplinaria, se posicionará en su área de incumbencia de una determinada manera si adscribe a una visión antropocéntrica, y lo hará de otra si comulga con el paradigma teocéntrico.

Sentados los conceptos anteriores, se puede afirmar que todos, de una manera más o menos consciente, nos encontramos insertos en un paradigma. Sin embargo, esto no quiere decir que todos los profesionales del derecho, por citar solo una disciplina, pertenezcan al mismo paradigma solo por vivir en el mismo momento histórico, ya que pueden convivir dos o más modelos epistemológicos simultáneamente. Por ejemplo, el paradigma al que adhiero en materia de discapacidad es al denominado **social**, que puede no ser el del lector, quien puede estar ubicado perfectamente aún en el modelo médico-rehabilitador (que surgió temporalmente antes, y no necesariamente es por ello peor o mejor que el que apareció posteriormente).

Esto quiere decir, siguiendo el hilo conductor del pensamiento de Thomas Kuhn,⁽⁴⁾ que los paradigmas no se suceden linealmente, sino que entran en conflicto por un período de tiempo —generalmente prolongado— hasta que se produce el derrocamiento de uno de ellos y así la ciencia avanza. Por ejemplo, el paradigma de prescindencia, que postula la eliminación o marginación de las personas con discapacidad, fue derrocado después de la experiencia nacional socialista, lo que importa un enorme progreso para la humanidad (aunque algunas peligrosas expresiones de este modelo subsisten todavía; basta con pensar un instante con qué criterios en algunos laboratorios se realiza la selección de embriones humanos para ser implantados). Por eso, que estemos situados en el mismo espacio temporal no significa que estemos todos compartiendo el mismo paradigma respecto a un área del conocimiento. De este modo, la ciencia no avanza finalmente por la mera acumulación de datos, sino por el triunfo de un modelo sobre otro.

Volviendo al tema que nos compete, debo señalar que la LSM adoptó el modelo social de la construcción de la discapacidad en orden al mandato convencional que asumió la Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (en

(4) Epistemólogo estadounidense (1922-1996), creador de la noción de "paradigma".

adelante, CDPD)⁽⁵⁾ con lo cual, la norma supone un quiebre cultural muy profundo, ya que obliga legalmente a los operadores de la salud mental a reexaminar sus prácticas para adecuarlas al nuevo paradigma —aunque no estén muy convencidos de ello—.

Además, la nueva ley impuso la forma de abordaje interdisciplinaria no solo para un tratamiento integral, sino para **democratizar** la histórica hegemonía que en esta materia han tenido —y personalmente creo que siguen teniendo— los médicos psiquiatras.

La LSM parte de que la “enfermedad mental” no solo encuentra su causa en un “desorden” biológico, que sin hesitar en muchas ocasiones existe y que sería un grave error negarlo, sino que también toma en consideración otros factores, principalmente el cultural y el ambiental. Esto significa que la persona con padecimientos mentales se encuentra inserta en una comunidad que ha desarrollado a lo largo del tiempo sus creencias propias, valores, actitudes, normas, usos, costumbres, etcétera. Este conjunto de factores pueden agravar la dolencia, o bien pueden ayudar a la persona a estar más contenida y mejor. No considerar estos agentes desde el modelo social significa que de algún modo se renuncia a una respuesta terapéutica más completa que además considere a la persona como un miembro más de la comunidad.

Sucintamente expuestas estas bases epistemológicas, se puede comprender la trascendencia que estos equipos interdisciplinarios de salud tienen, circunstancia determinante que deberá ser tomada en cuenta a la hora de juzgar la responsabilidad civil de sus integrantes, ya que cualquier actividad se da en un contexto y con una determinada finalidad. En otras palabras, el equipo interdisciplinario de salud en el modelo de prescindencia cobra un sentido (buscar con mayor precisión los sujetos que deben ser eliminados o separados de la sociedad); en el médico-rehabilitador, otro (articular distintas terapéuticas en lugares especializados); y en el social, uno completamente distinto (lograr que el tratamiento se pueda llevar a cabo en el seno de la comunidad, para lo cual hay que operar sobre el entorno para que se generen los ajustes razonables que la persona necesite para mantenerse en ella o logre su reinserción). Quien juzgue no puede pasar por alto estos enfoques y objetivos.

.....

(5) Aprobada mediante resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/12/2006. La Argentina la aprobó por ley 26.378 (sancionada el 21/05/2008, promulgada el 06/06/2008, publicada el 09/06/2008).

3 | Algunas consideraciones en torno a la responsabilidad civil

Para Bustamante Alsina los equipos de salud podrán engendrar una responsabilidad civil colectiva o individual independientemente de si se los ha contratado como un equipo o a cada uno por separado. En el primer caso habrá una responsabilidad refleja del jefe del equipo, sin perjuicio de eventuales responsabilidades individuales derivadas del saber disciplinar de cada uno. Pero, en la segunda, nunca habrá solidaridad, salvo que no puedan establecerse las responsabilidades individuales.⁽⁶⁾

Pero si hay algo que caracteriza al equipo interdisciplinario de salud mental es que no hay un jefe de equipo, ya que su nota distintiva es su horizontalidad. Con lo cual no habrá nunca una responsabilidad *in eligiendo* e *in vigilando* de unos sobre otros entre los miembros del equipo. Situación que hay que distinguir de la eventual responsabilidad refleja que sí pueda existir por parte de la empresa de medicina que contrata a los profesionales o de la institución sanitaria para quien prestan servicios.

Como el Proyecto de nuevo Código Civil, que ya cuenta con media sanción en Senadores refunde casi en su totalidad la responsabilidad contractual y extracontractual, parece no tener sentido ya seguir discutiendo si la responsabilidad por los daños causados por estos equipos se ubica en una u otra órbita. Además, hay un consenso generalizado de que esta responsabilidad en principio se ubica en la esfera contractual.⁽⁷⁾

Igualmente me gustaría aprovechar la oportunidad para recordar la tesis de Alterini en la que sostiene que la utilización de los vocablos “contractual” y “extracontractual” han llevado a equívocos conceptuales, y que la arraigadísima tradición sobre su uso ha hecho que identifiquemos al primero exclusivamente con los contratos.⁽⁸⁾ Allí explica que la confusa denominación “responsabilidad contractual” no solo rige a la que se

(6) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997, pp. 537/540.

(7) BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil - Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Borda, Alejandro, Bs. As., La Ley, 2008, p. 518.

(8) ALTERINI, ATILIO A., *Responsabilidad Civil. Límites de la responsabilidad civil*, 2ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974, pp. 32/35.

deriva de un contrato, sino a toda aquella que emana de una fuente lícita, mientras que en el terreno extracontractual se ubican aquellas que nacen de un acto ilícito. En otras palabras, por imperio del art. 16 CC, la responsabilidad contractual abarca todo deber de resarcir un daño que emana de un acto lícito,⁽⁹⁾ como son las derivadas de actividades profesionales autorizadas y reguladas por el Estado.

Las obligaciones de hacer son en principio indivisibles (art. 680 CC), y si además el resultado de la labor interdisciplinaria tiene un resultado único, en una rigurosa lógica jurídica, la solución no es otra más que la responsabilidad civil solidaria. Empero, como ello podría ir en desmedro de poder alcanzarse una verdadera labor interdisciplinaria, como política legislativa se tomó la opción de privilegiar esto último sobre aquella lógica jurídica.

Siguiendo el criterio que ya había adoptado la ley 448 de la Ciudad de Buenos Aires⁽¹⁰⁾ sobre salud mental, el decreto 603/2013⁽¹¹⁾ establece el reglamentar el art. 8° de la ley 26.657 que los “integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto”.

A la hora de las responsabilidades la reglamentación se encarga de dividir las aguas por el trabajo individual, independientemente del resultado indisoluble producido a causa de la interdisciplina. Entiendo que de este modo se buscó aventar los temores que previsiblemente pudiera generar la idea de tener que asumir las eventuales consecuencias por la intervención de un profesional de otra disciplina sobre el cual no se tiene capacidad técnica de control. Una responsabilidad civil solidaria, estimo, habría sido un importante obstáculo para que los profesionales de la salud mental quieran integrar estos equipos. Desde otro ángulo, también se podría válidamente afirmar que la solidaridad dificultaría el desempeño adecuado hacia el interior de los equipos, ya que la libertad de cada integrante para intervenir se hubiera visto condicionada en buena medida por los otros miembros que estarían poniendo permanentes “peros” para cubrirse “por las dudas”.

(9) ALTERINI, Atilio A., *ibid.*, p. 28 y ss.

(10) Sancionada el 27/07/2000, promulgada el 31/08/2000, publicada el 07/09/2000.

(11) Firmado el 28/05/2013 y publicado el 29/05/2013.

De este modo la responsabilidad civil de los integrantes de los equipos interdisciplinarios de salud mental deberá ser juzgada individualmente, salvo, claro está, que no pueda establecerse la responsabilidad de cada incumbencia disciplinar, y en ese caso inevitablemente habrá una responsabilidad colectiva. Pero como bien señala Kraut, "es sabido que, en este modelo de atención, suele ocurrir que la responsabilidad individual se diluya porque se dificulta la prueba sobre las conductas personales (actos) de los diferentes miembros del equipo. Y esto no parece ser funcional como modelo sancionatorio o preventivo (para disuadir conductas disvaliosas), aunque pueda serlo para el acreedor afectado".⁽¹²⁾

Así aparece la dificultad probatoria como cuestión. Si ya es difícil para la víctima poder probar muchas veces la culpa del profesional de la salud, cuánto más lo será en el campo de la salud mental en dónde el diálogo terapéutico se erige como su principal pilar en un ámbito secreto. Como bien solía recordar García Badaracco⁽¹³⁾ en sus clases, los psicofármacos no curan a las personas sino que alivianan los síntomas para iniciar un camino psicoterapéutico. De este modo probar la negligencia, imprudencia o impericia de uno o varios miembros de un equipo interdisciplinario de la salud mental se complejiza todavía más desde el punto de vista del usuario ya que le resultará más intrincado poder deslindar el ámbito de participación cuando el daño excede lo estrictamente farmacológico.

El *onus probandi*, en consecuencia, difícilmente pueda sostenerse en la **teoría normativa** que establece que quien alega tiene la carga de probar, sino que debería aceptarse sin cortapisas el esquema de las **cargas dinámicas**. Así, la carga probatoria debería desplazarse hacia los profesionales integrantes del equipo interdisciplinario de salud, quienes son los que están en mejores condiciones de señalar los aportes que cada uno hizo en el proceso de intervención colectiva.

Como la obligación consiste en prestar un servicio profesional en materia de salud, los facultativos nunca podrán prometer un resultado concreto porque por su naturaleza se trata de una obligación de medios. Con lo cual, a los

(12) KRAUT, ALFREDO J., *Pacientes Mentales y Derecho Privado: Tutela Jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.

(13) Jorge E. García Badaracco (1923-2010): médico psiquiatra y psicoanalista argentino. Organizó la primera residencia psiquiátrica y el primer hospital de día del país, creó la Comunidad Terapéutica Psicoanalítica de Estructura Familiar y fue miembro fundador de la Sociedad Argentina de Terapia Familiar, entre otras actividades que desarrolló en su prolífica carrera.

integrantes del equipo les basta con probar su “no culpa” para eximirse de responder sin tener que justificar la existencia del caso fortuito o fuerza mayor. Deberán probar que intervinieron conforme a la *lex artis* de su disciplina, que respetaron los derechos consagrados en la LSM, que ajustaron sus estándares de actuación a los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental,⁽¹⁴⁾ todo de acuerdo al paradigma social de la discapacidad.

Tarea, sin dudas, nada sencilla en la que una prolija historia clínica será de gran ayuda a la hora de la prueba. Sin embargo, cuando se visitan las instituciones —lamentablemente— esa prolijidad muchas veces parecería no ser tenida en cuenta ya que suelen verse historias clínicas sin foliar o sin indicar en forma diaria la intervención del equipo, por ejemplo.

Otra práctica que seguramente será de ayuda para corroborar si el plan terapéutico elegido es el adecuado o no antes de que se desencadene un daño, es requerir la intervención de los equipos técnicos independientes que designe el juzgado civil en el marco de la internación y al órgano multidisciplinario de revisión (arts. 18 y 24 LSM). Omitir las comunicaciones previstas en la ley pondrá a los integrantes del equipo frente a una seria infracción.

4 | Deber de seguridad vs. dignidad del riesgo

Desde el modelo social se pregona el reconocimiento de la dignidad del riesgo en la toma de decisiones por parte de las personas con discapacidad. Esto quiere decir que proteger no es sobreproteger, aunque se tenga la sensación de que se está obrando bienamente. La sobreprotección le resta dignidad a las personas porque asfixia casi por completo sus posibilidades de decidir, y consiguientemente la de tener su proyecto por pequeño que sea. Los riesgos en la vida son reales, porque nadie sabe de antemano como van a resultar sus emprendimientos aunque sean cotidianos. Difícilmente haya alguien que pueda negar que en el mundo las seguridades son solo un espejismo porque hay infinitas variables que no controlamos.⁽¹⁵⁾

(14) Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17/12/1991.

(15) BASZ, EDUARDO, “La dignidad del riesgo como antídoto al estigma”, [en línea] <http://gruposaludmentalfts.files.wordpress.com/2014/01/paperladignidaddelriesgocomoantc3addo-toalestigma.pdf>, visitado el 28/04/2014.

Desde esta óptica las personas con discapacidades o padecimientos mentales también tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a equivocarse. No reconocerles este derecho que tienen los demás miembros de la sociedad importa una forma de anularlos. Por ese motivo la LSM divide las internaciones por razones de salud mental en “voluntarias” o “involuntarias” según la persona esté en condiciones de prestar su consentimiento informado o no. Esta modalidad la diferencia paradigmáticamente de su ley antecesora.

En el régimen de la ley 22.914⁽¹⁶⁾ la obligación de darle intervención al poder judicial estaba signada por la cantidad de días que había permanecido internada la persona (si no había sido antes declarado incapaz o había ingresado por una emergencia, en cuyos supuestos la comunicación debía ser inmediata), transcurridos los cuales nacía la obligación para el establecimiento asistencial de comunicar dicha internación al sistema de administración de justicia sin tomar en consideración la voluntad del sujeto. El control estaba —y sigue estando— puesto por varias razones, pero la más palpable es la que se relaciona con la privación de la libertad ambulatoria.

Innumerables pacientes hospitalizados por razones de salud mental no pueden salir del centro porque las puertas literalmente no tienen picaportes (se abren y cierran con llavines). Incluso, algunas instituciones cuentan con unidades especiales que se encuentran aisladas y acolchadas para evitar acciones autolesivas; como así también se utilizan a diario otros medios de contención.

Estas medidas de seguridad son implementadas por los establecimientos, a veces bien, pero en ocasiones se han constatado abusos. Este exceso, que a veces parecería querer evitar eventuales imputaciones de negligencia si un hecho dañoso acaece, genera otras responsabilidades por los derechos fundamentales que se lesionan. Pero ahora no me detendré sobre este punto tan delicado.

La jurisprudencia en materia de daños ha sido conteste en sostener que existe un deber de cuidado, agravado en razón de las condiciones de mayor vulnerabilidad en la que se encuentra el paciente mental. Pero desde el modelo social y la dignidad del riesgo es válido preguntarse si se puede seguir sosteniendo que existe un deber agravado, y en ese

(16) Promulgada el 15/09/1983, publicada el 20/09/1983 y derogada el 03/12/2010.

caso, hasta dónde debería llegar el deber de cuidado de los profesionales de la salud mental.

No tengo la respuesta. Pero quiero dejar planteado los interrogantes que engendrados por toda esta reformulación en el desempeño sanitario. La jurisprudencia y la doctrina deberán cavilar sobre cómo incide la CDPD y la LSM en la obligación de cuidado que existe para evitar que sucedan acciones auto y heterolesivas, incluso suicidios, que suelen desplegar ciertos pacientes mentales en el marco de internaciones “voluntarias” y tratamientos ambulatorios.

5 | A modo de conclusiones

El régimen de la responsabilidad civil no puede sustraerse del paradigma de la construcción social de la discapacidad, con lo cual, también debe ser repensado para adecuarse a él en esta materia. Como vimos, no es un modelo de abordaje solo en el campo de la salud, sino que tiñe la cosmovisión de todas las disciplinas que de una u otra manera confluyen —entre ellas, el derecho—.

Los equipos interdisciplinarios juegan un papel clave en la intervención sanitaria, y por carácter transitivo lo deberán tener también en los peritajes judiciales. No podrá producirse prueba en un juicio de mala praxis que involucre a equipos interdisciplinarios de salud mental sin que participe un equipo interdisciplinario como perito (va de suyo que el equipo pericial deberá estar integrado por profesionales de las mismas disciplinas que integraron el equipo demandado). Pero, reitero, no se trata de un “rejunte” de representantes disciplinarios, sino que tendrán que peritar como un equipo interdisciplinario, de lo contrario hablarán un lenguaje distinto al expresado por el equipo demandado, lo que será ineficaz para auxiliar al juez.

Si los operadores del sistema de administración de justicia no se sumergen en el nuevo paradigma y en lo que verdaderamente la intervención interdisciplinaria significa, la CDPD y la LSM serán, en parte, letra muerta, y los juicios de daños y perjuicios correrán el riesgo de ser solo una puesta en escena en el que no pueda justipreciarse la incidencia de las responsabilidades individuales.

Accidentes de tránsito y derecho a la salud

por **MIGUEL ALBERTO PIEDECASAS**⁽¹⁾

I | La problemática

El presente análisis pretende abordar el tema desde la confrontación de los derechos en juego, en relación a la situación de las víctimas de accidentes de tránsito (en adelante AT) y su derecho a la vida y a la salud.

Los AT generan miles de víctimas en nuestro país y en el mundo. Estas personas dañadas tienen derecho a la reparación integral de los daños y a la protección de su derecho a la salud, y el sistema de responsabilidad civil descarga en el sistema de seguros (obligatorio y facultativo) parte de la reparación integral.

Sin embargo, la atención de la salud de la persona dañada excede notablemente este concepto técnico de "reparación integral" y no resulta receptado ni atendido por los sistemas de responsabilidad civil o de seguro, de tal manera que aquella importante porción de derechos insatisfechos se trasladan a los sistemas de atención de la salud, que pueden ser privados, pero que en general son públicos.

.....
(1) Abogado y Notario. Especialista en Derecho Comercial. Magíster en Derecho Comercial. Maestro en Derecho. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de Derecho Comercial y de Derecho del Tránsito. Director de la Carrera de Martillero Público y Corredor de Comercio en la Universidad Nacional del Litoral (UNL). Presidente de la Comisión de Seguros de la AABA. Director del instituto de Derecho de Seguros del CASF. Autor de libros y de diversos artículos en materia de Seguros, Contratos y Responsabilidad.

La reflexión que se pretende realizar está orientada a lo que sucede con los daños a la salud que no son reparados ni atendidos por los sistemas de responsabilidad civil y seguros, quién se hace cargo de la persona dañada luego de superados los límites de la responsabilidad civil o del sistema de seguros y qué solución se debe adoptar en el caso de los daños permanentes.

Es por esto que se hace necesario desarrollar, aunque sea en forma preliminar y escueta, las situaciones referidas a los accidentes de tránsito y su relación con el derecho a la salud y los sistemas de responsabilidad y seguros para luego señalar las apreciaciones que consideramos conducentes respecto de esta temática.

2 | Los accidentes de tránsito

Los AT con secuelas dañosas mantienen una enorme importancia como factor de alta incidencia sobre la integridad de la salud psicofísica de las personas, en general. La OMS, en su "Informe Sobre la Seguridad Vial. Hora de Pasar a la Acción", en su prefacio, señala que:

El Informe sobre la Situación Mundial de la Seguridad Vial refuerza nuestra visión de los traumatismos por accidentes de tránsito como un problema mundial de salud y desarrollo. Todos los años, más de 1,2 millones de personas fallecen como consecuencia de accidentes en las vías de tránsito y nada menos que otros 50 millones sufren traumatismos. Más del 90% de las defunciones se producen en los países de ingresos bajos y medianos.

Más allá del enorme padecimiento que provocan, los accidentes de tránsito pueden llevar a la pobreza a una familia, ya que los supervivientes de los accidentes y sus familias deben hacer frente a las consecuencias a largo plazo de la tragedia, incluidos los costos de la atención médica y la rehabilitación y, con mucha frecuencia, los gastos de las exequias y la pérdida del sostén de la familia.⁽²⁾

(2) OMS, Informe Sobre la Situación Mundial de la Seguridad Vial. Es Hora de Pasar a la Acción, Ginebra, OMS, 2009.

Este Informe detalla con claridad el problema que enfrentamos y que en la Argentina tiene una manifestación similar a la que se recoge en diversos países del mundo.

La Organización Panamericana de la Salud señala que:

En Argentina, por su parte, el número estimado de muertes en siniestros de tránsito cada 100.000 habitantes (12,6) es el más bajo de Sudamérica, después de Chile (12,3), de acuerdo con las cifras del informe. La OMS situó a Argentina entre los países con un buen registro de mortalidad por hechos de tránsito.

El estudio indica asimismo que la Agencia Nacional de Seguridad Vial (ANSV) cumplió con la meta de reducir un 50 por ciento las muertes y/o los traumatismos causados por el tránsito entre 2008 y 2012, como parte del Plan Nacional de Seguridad Vial 2010-2014.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), oficina regional de la OMS, lleva adelante en Argentina líneas de investigación junto a la ANSV. También inició un proyecto de cooperación técnica internacional con Bolivia para desarrollar un Observatorio Nacional de Seguridad Vial, similar al de Argentina.⁽³⁾

Sin embargo, las estadísticas sobre las personas dañadas, en virtud o como consecuencia de un AT, son diversas en la República Argentina.

Sin perjuicio de estas cuestiones que son propias de cada realidad social y política, la afectación de la vida o la salud de las personas por AT constituye uno de los grandes problemas al momento de articular el derecho a la salud y esta clase de consecuencias dañosas:

Las muertes por accidentes de tránsito comenzaron a producirse a poco de que los vehículos motorizados empezaran a rodar. Las primeras dos muertes conocidas por esta causa se produjeron en 1896 en Gran Bretaña. En 1951 se llegó al millón de muertos en Estados Unidos y actualmente el mundo padece

(3) ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, "Los accidentes de tránsito son la primera causa mundial de muerte entre jóvenes de 15 a 29 años".

una verdadera epidemia de muertes, heridos, secuelas físicas y psíquicas y cuantiosas pérdidas económicas por esta causa.

En casi todos los países los accidentes de tránsito son la tercera causa de muerte después de las enfermedades cardiovasculares y el cáncer. La epidemia de muertos por accidentes de tránsito incide prioritariamente sobre los jóvenes de tal forma que esta es la primera causa de muerte entre los 20 y los 35 años y la patología que más pérdida de años de vida (AVPP) y años de vida asociados a discapacidad (AVAD) ocasiona a la sociedad.

Los accidentes de tránsito constituyen uno de los problemas prioritarios de Salud Pública en todos los países del mundo y afectan directamente el desarrollo social y económico de la sociedad en su conjunto. Debido a la complejidad de las causas que producen los accidentes el abordaje de su análisis y prevención debe involucrar una amplia variedad de sectores de responsabilidad que deben actuar de forma coordinada y conjunta.⁽⁴⁾

Ahora bien, previo a responder algunas de las inquietudes planteadas en la introducción, debemos repasar brevemente conceptos jurídicos de importancia que hacen a las consecuencias dañosas de los AT. Debemos decir que los AT poseen tratamiento en diversas normas jurídicas de distinta naturaleza (penal, civil, administrativo, laboral, salud). En nuestro enfoque nos limitaremos a la perspectiva que ofrece el derecho de daños, ubicado en el ámbito del derecho tradicionalmente denominado "privado".

En este sentido, debe acotarse que el accidente de tránsito se encuentra tratado en la ley nacional de tránsito 24.449. Es de mucha importancia la definición que incorpora del AT en el art. 64: "Se considera accidente de tránsito todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación". Por supuesto que esta norma debe ser desarrollada en forma articulada con el resto de las pautas y principios legales que trae la propia ley y otras que la complementan.

.....

(4) QUESADA, ENRIQUE, "Accidentes de Tránsito: ¿Se puede hacer más para bajar el número de muertes?", [en línea] <http://www.isg.org.ar/wp-content/uploads/2013/04/Accidentes-de-Transito.pdf>

Establecida la definición legal de accidente de tránsito, vemos que la propia ley intenta (sin lograrlo) ofrecer un sistema de reparación de los daños personales (a la salud y a la vida) a través del seguro obligatorio, que define en su art. 68. Pretende que los daños personales sean soportados por un sistema de seguro obligatorio que ha resultado insuficiente e inadecuado hasta el presente y que amerita su reformulación:

Art. 68.- Seguro Obligatorio. Todo automotor, acoplado o semiacoplado debe estar cubierto por seguro, de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, que cubra eventuales daños causados a terceros, transportados o no.

Igualmente resultará obligatorio el seguro para las motocicletas en las mismas condiciones que rige para los automotores.

Este seguro obligatorio será anual y podrá contratarse con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo, la que debe otorgar al asegurado el comprobante que indica el inc. c) del art. 40. Previamente se exigirá el cumplimiento de la revisión técnica obligatoria o que el vehículo esté en condiciones reglamentarias de seguridad si aquella no se ha realizado en el año previo.

Las denuncias de siniestro se recibirán en base al acta de choque del art. 66 inciso a), debiendo remitir copia al organismo encargado de la estadística.

Los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego. El acreedor por tales servicios puede subrogarse en el crédito del tercero o sus derechohabientes.

Carece de validez la renuncia a un reclamo posterior, hecha con motivo de este pago.

La reglamentación regulará, una vez en funcionamiento el área pertinente del Registro Nacional de Antecedentes de Tránsito, el sistema de prima variable, que aumentará o disminuirá, según haya el asegurado denunciado o no el accidente, en el año previo de vigencia del seguro.

Este esquema inicial, frente al AT, debe completarse con la “obligación de origen legal” que pesa sobre los estados, nacionales, provinciales y municipales, de poseer un sistema de asistencia a las víctimas de los AT y que se encuentra plasmado en el art. 67:

Las autoridades competentes locales y jurisdiccionales organizarán un sistema de auxilio para emergencias, prestando, requiriendo y coordinando los socorros necesarios mediante la armonización de los medios de comunicación, de transporte y asistenciales.

Centralizarán igualmente el intercambio de datos para la atención de heridos en el lugar del accidente y su forma de traslado hacia los centros médicos.

3 | Responsabilidad objetiva y reparación integral

Acontecido el AT, se ponen en funcionamiento diversos mecanismos jurídicos a los fines de la atención de las consecuencias sobre las personas o los bienes y de ellos debemos ocuparnos. Si existen responsables, deberán dar cuenta en el marco del sistema de la responsabilidad civil. Estos pueden trasladar todo o parte de esa contestación reparatoria al sistema de seguros, obligatorio y voluntario. Si no existen responsables, será el Estado, a través del sistema de salud pública, el que absorba estas consecuencias dañosas y su tratamiento.

Ello nos lleva a la necesidad de establecer que en materia de responsabilidad civil por daños a las personas derivadas de los AT rigen, entre otros, los principios de responsabilidad objetiva (sin perjuicio de la subjetiva subsistente) y de reparación plena (nunca lograda realmente).

La CSJN ha aceptado la teoría de riesgo o de la llamada “responsabilidad objetiva” y ha asentado el criterio de que el dueño de la cosa solo se exige de responsabilidad total o parcial acreditando la culpa de la víctima, es decir, no es a la actora, sino a la demandada, a quien le incumbe alegar la responsabilidad total o parcial de la víctima como eximente de la suya.⁽⁵⁾

(5) CSJN, “Bonadero Alberdi de Inaudi, Martha Angélica y Otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ Sumario”, 16/06/1988, LL 1988-E-431; CSJN, “Coria, Amelia y otras c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, 20/10/1992, LL 1993-C-389.

En este sentido, debemos recordar que se ha transitado desde una responsabilidad fundada en factores subjetivos de atribución hacia una responsabilidad basada en factores objetivos de atribución de responsabilidad. Esto es, se ha producido una adecuación del ordenamiento jurídico a una realidad social que requiere para el tratamiento del conflicto de normas correspondientes con la realidad social.

El accidente de tránsito tiene, como sustento, una problemática compleja, de orden fáctico, que se traslada al ámbito jurídico. En este esquema, a la parte actora, en principio, le corresponde acreditar el hecho dañoso, el daño y la relación de causalidad entre ambos. La parte demandada, si se han configurado los extremos antes señalados, deberá acreditar las eximentes contempladas en el art. 1113 CC o en el art. 184 del Código de Comercio, según se trate de una u otra norma aplicable. En consecuencia, deberá acreditar la existencia de caso fortuito, fuerza mayor, culpa de la víctima, o el hecho de un tercero por quien no debe responder.

Estas eximentes deben reunir características especiales según los supuestos de que se trate, particularmente cuando se enfrentan a un daño derivado del transporte de personas, donde estos conceptos, además, conviven con la idea de la organización empresarial profesional.

También ha sido una constante en la evolución de los precedentes del Máximo Tribunal que estas eximentes deben eliminar la totalidad del nexo causal para poder eximir de responsabilidad en forma plena a la demandada; de lo contrario, y atendiendo al esquema de relaciones concurrentes, podríamos encontrarlos con una eximición parcial de responsabilidad. En conclusión, la parte demandada deberá probar alguna de estas eximentes y la entidad e intensidad neutralizadora del nexo causal para poder eliminar total o parcialmente su responsabilidad.

El Máximo Tribunal ha sostenido este criterio a través del tiempo y así se observa en diversos precedentes posteriores.

El accidente de tránsito tiene su marco jurídico en el art. 1113, segundo párrafo del Código Civil, de modo que a la parte actora incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad

corresponde a la demandada la acreditación de la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder.⁽⁶⁾

Debe señalarse que se ha agudizado la responsabilidad objetiva en determinados medios de transporte terrestre público de pasajeros y en materia de uso de vías sometidas a peaje, donde se ha consagrado la responsabilidad objetiva, pero fundada en una obligación de seguridad que antes no se invocaba.

La responsabilidad de la concesionaria de rutas por el daño que sufra el usuario es de carácter objetivo, ya que asume una obligación de seguridad por resultado, consistente en que aquel debe llegar sano y salvo al final del recorrido, en consonancia con el principio de buena fe (art. 1198 CC) que integra la convención y permite interpretarla, y el deber de custodia que sobre aquella recae.⁽⁷⁾

Es un notable avance que nuestro país viene materializando a partir de la Reforma de 1968 y que encuentra hitos de importancia en la actual configuración del denominado deber u obligación de seguridad, que supera los límites del sistema de responsabilidad civil para ingresar en el ámbito (adecuado) de las obligaciones que las organizaciones (Estado y Empresa) tienen respecto de las personas (deberes fundamentales para satisfacer derechos fundamentales).

La denominada obligación de seguridad ha observado en materia de transporte, fundamentalmente, junto a lo que es la responsabilidad de las concesionarias de peaje y, en algunos casos, la responsabilidad médica sanatorial o de las instituciones médicas, una evolución que tiene como orientación la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En materia de accidentes derivados del tránsito y del transporte, se observa una saludable evolución hacia el reconocimiento en los precedentes jurisprudenciales de los paradigmas consagrados en el art. 42 CN, que hacen al

.....

(6) CSJN, "S., M. C. c/ Provincia de Buenos Aires y Otros", 15/12/1998, La Ley 1999-D, 534, RCyS 1999, 1090; jurisprudencia que se ha reiterado en el tiempo.

(7) CSJN, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de c/ Buenos Aires, Provincia de y Camino del Atlántico SA y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/ daños y perjuicios", 07/11/2006, del voto del Dr. Zaffaroni, DJ 2006-3, 950 - RCyS 2006, 1278.

deber de seguridad y trato digno a los ciudadanos que utilizan servicios comerciales tales como el transporte.

Es cierto que desde un principio siempre se consideró con severidad la responsabilidad de la empresa de transporte vinculada a los daños sufridos por los pasajeros en relación con un accidente de tránsito o sin que estuviera relacionado directamente con un accidente de tránsito. En realidad, los accidentes en el transporte, desde nuestra perspectiva, se encuentran comprendidos dentro del marco general de los accidentes de tránsito y así podría observarse la severidad normativa de la ley 24.449 respecto de aquellos conductores profesionales del transporte, tanto de pasajeros como de carga.

Inicialmente, cuando se juzgaba la responsabilidad del transportista, se adoptaba la idea de que el organizador del transporte —y así nace el fundamento del art. 184 del Código de Comercio— era responsable de las consecuencias que él mismo había organizado para lucrar.

Debemos, entonces, recordar la norma expresa en materia de transporte que existe en la República Argentina, que es el art. 184 del Código de Comercio. Se consagra en esta norma, según la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, una responsabilidad fundada en el denominado riesgo empresarial, apoyada en el factor objetivo de atribución de responsabilidad, donde queda solo por demostrar el daño y la calidad de pasajero, y que el mismo ocurrió durante el transporte para que, en principio, sea responsable la empresa de transporte. Las eximentes son limitadas y se refieren a la culpa de la víctima, el hecho del tercero por el cual no fue civilmente responsable el transportista, el caso fortuito y la fuerza mayor, aunque este último no esté enunciado expresamente en la norma.

Debemos recordar que aquí la reparación es integral. Sin embargo, las eximentes, desde antaño, en el ámbito del transporte, fueron juzgadas con un criterio restrictivo, ya que no es lo mismo la culpa de la víctima o el hecho del tercero en un accidente vinculado al transporte que en un accidente común del tránsito.

Estoy afirmando que la merituación de las eximentes del art. 1113 CC (similares a las del 184 del Código de Comercio) tienen una interpretación diferente cuando se ubican en el contexto normativo del art. 184 del

citado Código de Comercio. En este caso, a diferencia del accidente de tránsito común, nos encontramos con que existe una empresa que lucra con este servicio de transporte y, por lo tanto, su deber de previsibilidad y prevención y evitabilidad es mucho mayor que para el ciudadano común que se involucra en un accidente de tránsito.

Por ello se ha afirmado que la culpa de la víctima o el hecho del tercero deben revertir en el transporte las características del caso fortuito o de la fuerza mayor; o sea, debe ser imprevisible, inevitable e irresistible. La jurisprudencia, como lo señalaba, se ha ido orientando hacia ese sector interpretativo, recogiéndose en los últimos tiempos fallos trascendentes como el del caso "Ledesma c/ Metrovías",⁽⁸⁾ al que más adelante se hará referencia.

Cabe preguntarse cuáles son los límites de esa obligación de seguridad que hoy, según el criterio vigente de la Corte, encuentra fundamento vigente en la Constitución Nacional, en el deber de seguridad y en el trato digno que merece todo pasajero con reflexiones sumamente importantes en los votos correspondientes al Dr. Zaffaroni y al Dr. Lorenzetti.

Los límites (desde nuestra perspectiva) se encuentran en normalidad de los sucesos, ya que los hechos extraordinarios que no pueden evitarse, resistirse o preverse, teniendo en consideración la pauta de valoración de una empresa organizada para ese servicio de transporte, o sea con mayor severidad que un ciudadano común, no los pudo prever, evitar o resistir.

La Corte marca una evolución, en esta línea de pensamiento, donde también habremos de introducir algunas cuestiones referidas a las concesionarias de peaje que involucran esta obligación de seguridad, con la idea de marcar, en esta transcripción de precedentes, la tendencia orientadora que observamos en el Máximo Tribunal:

Se trata en autos de una acción contra Metrovías SA, por los daños y perjuicios que dijo haber sufrido la actora a raíz de un accidente ocurrido al descender de un vagón del subterráneo línea D, en la Estación Facultad de Medicina, cuando, arrastrada por la excesiva cantidad de personas que viajaban, introdujo su pie izquierdo en el espacio comprendido entre el vagón y el andén (...)

(8) CSJN, "Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA", 22/04/2008, La Ley, 20/05/2008, 7 - RCyS 2008,860.

Concluyeron por ello que, o bien el accidente se produjo en otras circunstancias y no por la introducción del pie en ese espacio, o bien por un hecho de la víctima que pone de relieve su propia impericia o negligencia a la salida del coche, lo que releva de responsabilidad a la transportista (...)

Que el razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas, o de interpretación de la ley como los invocados por la recurrente. En el presente caso, se trata de la seguridad, entendida como un valor que debe guiar la conducta del Estado así como a los organizadores de actividades que, directa o indirectamente, se vinculen con la vida o la salud de las personas. La incorporación de este vocablo en el art. 42 CN es una decisión valorativa que obliga a los prestadores de servicios públicos a desempeñar conductas encaminadas al cuidado de lo más valioso que existe en ella: la vida y la salud de sus habitantes, ricos o pobres, poderosos o débiles, ancianos o adolescentes, expertos o profanos.

La interpretación de extensión de la obligación de seguridad que tiene su causa en un contrato de transporte de pasajeros, integrada con lo dispuesto por el art. 184 del Código de Comercio, debe ser efectuada teniendo en cuenta el derecho a la seguridad previsto en la Carta Magna para los consumidores y usuarios.

Que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial, y por lo tanto no corresponde exigirles la diligencia de quien celebra un contrato comercial.

Un comerciante exigiría a un colega una serie de pruebas y de información para celebrar un contrato de transporte de mercancías valiosas, y si no lo hace, no podrá invocar su propia torpeza. En cambio, el usuario de un servicio de subterráneos, que sale del vagón rodeado de gente, sin poder ver siquiera el piso, apretujado y empujado hacia la salida, no puede desempeñar el mismo estándar de diligencia. Sería contrario a las costumbres y hasta absurdo que antes de subir exigiera información sobre las medidas de seguridad que tiene el vagón, o en los momentos

previos al descenso interrogara al guarda, que tampoco suele estar presente, sobre los riesgos que existen en ese acto.

El ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben. El funcionamiento regular, el respaldo de las marcas y del Estado es lo que genera una apariencia jurídica que simplifican y los hacen posible. Las pruebas que realiza el consumidor para verificar la seriedad creada y representada por el derecho. El fortalecimiento de la apariencia jurídica y de la confianza son esenciales para estos sistemas, que no podrían subsistir tanto si se negara protección jurídica a las marcas, como si se exigiera que el consumidor se comportara como un contratante experto que exigiera pruebas e información antes de usar el servicio (...)

Un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes.

Que la Constitución Nacional obliga a los prestadores de servicios a los consumidores a brindarles un trato digno (art. 42 CN).

El trato digno al pasajero transportado significa que se deben adoptar medidas para que sea atendido como una persona humana con dignidad, contemplando la situación de quienes tienen capacidades diferentes, o son menores, o no tienen la instrucción necesaria para comprender el funcionamiento de lo que se le ofrece. Ello incluye la adopción de medidas para que el pasajero no descienda empujado por una marea humana con riesgo de su integridad física y para que viaje de un modo razonablemente cómodo.⁽⁹⁾

(9) Fallo cit.

La obligación de seguridad, con base constitucional, como se la ha formulado en los precedentes transcriptos, resulta un elemento conceptual de trascendental importancia en materia de responsabilidad por accidentes en el transporte. Cabe analizar si esta obligación de seguridad para los pasajeros transportados también proyecta sus efectos respecto de terceras personas como podrían ser peatones, ciclistas o aún otros automotores o vehículos. Esta es una cuestión también de importancia.

La idea de que estamos frente a una empresa que explota una actividad comercial, que fue constituida con un sentido absolutamente profesional, que posee una organización técnica, económica y jurídica preparada para producir determinados resultados previamente establecidos, también nos lleva a considerar que debe reunir en los conductores y en los vehículos las cualidades necesarias para circular en forma profesional por la vía pública. El deber de seguridad del transporte organizado empresarialmente se proyecta sobre los terceros que pueden involucrarse con este.

Ahora bien, este deber de seguridad hacia los terceros, ¿alcanza la dimensión de la obligación de seguridad que se proyecta en los casos señalados sobre el viajero? La respuesta positiva podría llevarnos a considerar que en estas situaciones donde en un accidente de tránsito se encuentre involucrada una empresa de transporte, las eximentes posibles resultan o pueden resultar atenuadas por un principio mayor que es el deber de seguridad en la ejecución del transporte.

Es una cuestión a discutir y debatir y refiere concretamente a la extensión de la obligación o deber de seguridad, ya no respecto del contratante pasajero, sino respecto de cualquier usuario u ocupante de la vía pública que resulte afectado por la ejecución del transporte.

Para la Comisión 2 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la seguridad es un principio general del derecho garantizado constitucionalmente. Por mayoría se ha sostenido en dicha comisión que la seguridad conforma un principio general del derecho que protege todas las relaciones jurídicas. Que su fundamento se encuentra en normas constitucionales (arts. 19, 41, 42, 43, 75, inc. 22 CN), así como en la solidaridad social y en el principio de buena fe. Y por último que la seguridad se inscribe dentro de los horizontes preventivos del moderno derecho de

daños: “En tal sentido, entonces, las corrientes actuales le dispensan al deber de seguridad un amplio campo de aplicación, que desborda el área contractual, no obstante que cuando se produce en el área extracontractual está muchas veces apoyado por otros institutos como el deber de garantía”.⁽¹⁰⁾

Este apartado debe completarse con el deber de no dañar a otro y el principio de la reparación integral.

Debo advertir que, sin perjuicio de su formulación por la Corte Nacional y por la mayoría de la doctrina, esta reparación “plena o integral” no se logra en los AT, a diferencia de lo que sucede o por lo menos se ha intentado en los accidentes por riesgos del trabajo. De manera tal que a pesar de los avances logrados en doctrina y jurisprudencia sobre la plenitud de la reparación y el trasvasamiento de los límites que imponía la responsabilidad clásica, existe un problema que es de “efectividad de la respuesta jurídica” que deja gran parte de las secuelas dañosas sobre la salud, sin contención adecuada.

4 | La reparación plena

Nos interesa destacar que en esta materia rige el principio de la reparación plena y que esta plenitud o “integralidad” hacen a una reparación justa y a un correcto tratamiento y contención de los daños a la salud y vida de las personas. La idea es repasar la jurisprudencia de la CSJN en aquellos precedentes señeros que han marcado la evolución del concepto de la reparación plena, aunque los mismos puedan no referirse a accidentes de tránsito. Son precedentes que deben tenerse en cuenta en cualquier cuestión de responsabilidad civil, cuando se aborda el planteo respecto de las pautas reparatorias.

Debe recordarse que en todo momento se intenta preservar la dignidad de la persona humana, y por eso la reparación conlleva en sí misma una idea de justicia. Así, se abre camino la jurisprudencia de la Corte, el concepto de reparación justa. Se sostiene que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable, y que comprende no solo el aspecto la-

(10) RINESSI, ANTONIO JUAN, *El Deber de Seguridad*, Santa Fe, Rubinal-Culzoni, 2007, pp. 19/20.

boral, sino todos aquellos que hagan al desarrollo pleno de la vida de la persona humana en los precedentes de la Corte, llevándonos a situaciones sumamente interesantes e importantes, no solo por la exigüidad de una indemnización, sino también cuando se dejan sin reparar aspectos no tradicionales de lo que es el desarrollo pleno de la persona humana.

Es interesante llamar la atención de algunos votos aún en disidencia que dentro de la frustración de este desarrollo pleno coloca la relación misma de la persona con el ambiente. Se destaca también la evolución en materia de la integridad psicofísica, de que la misma no debe ser observada solamente desde su aspecto laboral, sino también en aquello que refiere a la vida en relación, social, deportiva, artística, y por qué no con el medio ambiente y con el propio proyecto de vida.

En este concepto tan amplio de reparación plena también hay que llamar la atención de que no constituye una reparación plena ni justa cuando la misma se difiere en el tiempo por un período absolutamente irrazonable. Es importante entender que la reparación va más allá de la mera manifestación económica de la persona.

Todos los aspectos de la persona que resulten dañados, cualquiera sea su ámbito de manifestación, doméstico, social, cultural, deportivo o laboral, impiden su desarrollo pleno. Por lo tanto, la consigna principal es que se repara toda frustración del desarrollo pleno de la persona:

Quando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida, que en este caso alcanza restricciones casi absolutas. Por tal razón, aunque no se haya acreditado la existencia del lucro cesante, ello no es óbice para resarcir la incapacidad que soporta el actor.⁽¹¹⁾

(11) CSJN, "Pose, José D. c/ Provincia de Chubut y otra", 01/12/1992, La Ley, 1994-B, 434.

Cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida que en este caso alcanza restricciones casi absolutas.⁽¹²⁾

La Corte hace hincapié, entonces, en el concepto de plenitud de la vida de los seres humanos. La frustración del desarrollo pleno de las personas es la pauta a indemnizar. Cabe agregar un concepto que ha sido reiterado en los diversos precedentes del Máximo Tribunal, y es que la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales. Entonces, la frustración del desarrollo pleno de la persona humana afecta su dignidad como tal.

Es oportuno, entonces, que el Tribunal, además de insistir sobre el ya citado precedente "Campodónico de Beviacqua", recuerde que la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (Fallos: 314:424, 441/442, considerando 8º), y haga presente el art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales "indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Es por ello que, en la jurisprudencia de la Corte, no está ausente la evaluación del daño como "frustración del desarrollo pleno de la vida" (Fallos: 315:2834, 2848, considerando 12) (...)

Empero, es incluso innecesario buscar sustento en los mentados antecedentes, por cuanto la justicia social, como lo esclareció esta Corte en el ejemplar caso "Berçaitz", ya estaba presente en nuestra Constitución Nacional desde sus mismos orígenes,

(12) CSJN, "I. A., A. c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa", 19/08/1999, La Ley Online.

al expresar esta, como su objetivo preeminente, el logro del “bienestar general” (Fallos: 289:430, 436). Más aún; el citado antecedente de 1974 no solo precisó que la justicia social es “la justicia en su más alta expresión”, sino que también marcó su contenido: “consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que esta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el “bienestar”, esto es, “las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad” (asimismo: Fallos: 293:26, 27, considerando 3°).⁽¹³⁾

Es interesante reflexionar sobre el traslado de una reformulación del concepto de la reparación plena en el ámbito de derecho de daños en general hacia los daños de las personas en particular. Se puede observar, aunque esto sea una perspectiva particular de este autor que comienza a hacerse hincapié en la perspectiva individual diferenciada de la perspectiva social del daño.

Si bien no resulta claro el concepto, lo que se pretende introducir es que la consideración plena de la persona humana abarca su aspecto individual y también su desarrollo social. A la vez, este desarrollo social lo es respecto de la persona con otras personas, y también de la persona con el medio social en el cual se desarrolla, de manera tal que la afectación en el medio social en el cual se desarrolla que produce un impacto negativo en la individualidad de la persona, merece reparación. Esta es una idea que comienza a traslucirse en algunos de los últimos fallos del Máximo Tribunal argentino.

No está de más reiterar que las manifestaciones económicas son reparables junto a las manifestaciones del espíritu porque estas integran el valor vital de las personas y hacen a su desarrollo pleno. El perjuicio se puede

(13) CSJN, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA”, 21/09/2004, en *Sup. Especial La Ley* 2004 (septiembre), n° 39, con nota de Ramón D. Pizarro; Roberto A. Vázquez Ferreyra; Rodolfo E. Capón Filas; Marcelo López Mesa; Carlos V. Castrillo; Horacio Schick; DJ 2004-3, 339 - DT 2004 (septiembre), 1286 - DJ 2004-3, 394, con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra; RCyS 2004, 542.

manifestar tanto en la integridad psicofísica como en la vida de relación, sea esta social, deportiva, artística o cultural.

Tal criterio de evaluación, por lo reduccionista, resulta opuesto frontalmente al régimen jurídico que pretende aplicar, dada la comprensión plena del ser humano que informa a este. Al respecto, la doctrina constitucional de esta Corte tiene dicho y reiterado que “el valor de la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales”, ya que no se trata “de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres” (“Aquino”, votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753, 3765/3766, 3787/3788 y 3797/3798, y sus citas; y “Díaz”, voto de la jueza Argibay, Fallos: 329:473, 479/480, y sus citas).

El Tribunal también ha expresado en diversos pronunciamientos vinculados, al igual que los citados anteriormente, con infortunios laborales en el contexto indemnizatorio del Código Civil, que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a este “un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc.”, y que, por el otro, “debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de [la] actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable” (Fallos: 308:1109, 1115 y 1116). De ahí que “los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos —aunque elementos importantes que se deben considerar— no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral, sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio” (Fallos: 310:1826, 1828/1829). Tampoco ha dejado de destacar que en el ámbito del trabajo, incluso corresponde indemnizar la pérdida de “chance”, cuando el accidente ha

privado a la víctima de la posibilidad futura de ascender en su carrera (Fallos: 308:1109, 1117).⁽¹⁴⁾

Es importante destacar que la reparación plena también comprende que esta sea efectiva dentro de un tiempo razonable. Cuando el resarcimiento se difiere en el tiempo de manera arbitraria e irrazonable, ello puede llegar a constituir la negación del principio propio de la reparación plena. La reparación plena no solo exige que sea completa, justa, suficiente, sino también que se perciba en un tiempo razonable.

Es inaceptable la pretensión del Estado Nacional, quien, como civilmente responsable por la muerte de un individuo —en el caso, un peatón que fue atropellado por un móvil de la policía federal—, invoca sus prerrogativas fundadas en la emergencia a fin de reparar la privación de la vida mediante una reparación pagadera en bonos de la deuda pública que, en el mejor de los supuestos, se compromete a cancelar más de veinte años después de haber lesionado aquel derecho, pues, ello equivale a eximirlo de su deber de cuidar la vida de los individuos, por cuya existencia debe velar, y dejar sin remedio legal efectivo a los derechohabientes (del voto de los doctores Lorenzetti, Petracchi y Zaffaroni, según el voto del Dr. Petracchi en “Mesquida, Gregorio H. y Otro c/ Armada Argentina y Otro”, 28/11/2006, al cual remiten).⁽¹⁵⁾

5 | El sistema de seguros frente a los AT

La importancia del sistema de seguros en relación al AT y el daño a la salud es que normalmente las personas que pueden ser responsables de un AT y el Estado han concebido a esta figura (el seguro) como un mecanismo de transferencia de riesgos y de responsabilidades y, por ende, si el mismo es deficiente o insuficiente (como lo es) se produce una afectación del derecho fundamental de las personas a su vida, salud y trato digno.

(14) CSJN, “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA y Pamental Peluso y Compañía”, 08/04/2008, La Ley, 29/04/2008, 7 - IMP 2008-9 (Mayo), 802 - La Ley 05/05/2008, 9, con nota de Horacio Schick; La Ley 2008-C, 247, con nota de Horacio Schick; DT 2008 (mayo), 541 - DJ 11/06/2008, 396 - DJ 2008-II, 396 - RCyS 2008, 900 - RCyS 2008, 597, con nota de Carlos Fernández Sessarego.

(15) CSJN, “Petryszyn, Ana María c/ Aguerre, Juan Carlos y otros”, 16/12/2008, La Ley Online

El sistema de seguros vinculado a la responsabilidad civil derivada del tránsito tiene en la jurisprudencia del Máximo Tribunal, diferentes manifestaciones de distinta índole. Actualmente, se encuentra en debate jurisprudencial propiamente dicho la oponibilidad de los límites del seguro hacia la víctima del accidente de tránsito.

Atendiendo a la función social que indudablemente cumple el seguro de responsabilidad civil, se ha pretendido que estos límites no sean oponibles al tercero damnificado.

A la complejidad del tema se ha sumado el art. 1º, última parte de la ley 24.240, reformado por la ley 26.361, que permite invocar la Ley de Defensa del Consumidor a aquellas personas que sin ser parte de la relación de consumo, se encuentren expuestas a ellas como podría serlo el damnificado en el seguro de la responsabilidad civil.

Sin perjuicio de ello, la Corte ha marcado la tendencia de la oponibilidad de la franquicia en el seguro obligatorio automotor, o del transporte automotor, según los casos, al tercero damnificado, sentando una sólida jurisprudencia en esta materia, y a pesar de los fallos en contrario de tribunales inferiores del interior del país y también de la Capital Federal, como lo fue el Plenario "Obarrio". Sin perjuicio de esta cuestión que, reiteramos, ha sido reafirmada por la Corte, se encuentran otras cuestiones, también de importancia en materia asegurativa.

Es de hacer notar que el sistema del aseguramiento de los riesgos del tránsito y su consecuente responsabilidad admiten dos manifestaciones:

- a. El seguro voluntario de responsabilidad civil.
- b. El seguro obligatorio de responsabilidad civil.

Desde nuestra perspectiva, los sistemas son diferentes y la normativa de la ley 17.418, que regula el seguro voluntario de responsabilidad civil a partir del art. 109 y siguientes, se aplica solo supletoriamente en materia de seguro obligatorio automotor o de transporte automotor.

Sin perjuicio de ello, sería aconsejable la adecuación del sistema asegurativo de la responsabilidad civil de carácter voluntario, eliminando la culpa grave que contemplan los arts. 70 y 114 de la ley 17.418, siguiendo de esta manera una tendencia hacia la protección de la víctima, ampliando el

campo de cobertura y adecuando nuestro sistema legal a los modernos esquemas normativos que existen en el mundo.

Asimismo, dentro de las reformas posibles o interpretaciones procedentes, se encontraría la ampliación del art. 56 de la ley 17.418 para que el mismo sea aplicable frente a las exclusiones de cobertura, la culpa grave y la falta de pago de la prima cerrando, de esta manera, el efecto confirmatorio del silencio del asegurador frente al conocimiento del siniestro.

La falta de pronunciamiento en la etapa extrajudicial impediría claramente que estas situaciones se pudieran plantear en el ámbito del proceso posterior judicial. La amplitud del art. 56 eliminaría distintas cuestiones controvertidas que se encuentran en la jurisprudencia.

Dentro de este esquema sería sumamente valiosa la incorporación de la acción directa en remplazo de la citación en garantía del art. 118 de la ley 17.418, ya que de esta manera eliminaríamos a una de las partes en conflicto y le daríamos al seguro el verdadero sentido de protección y transferencia del riesgo que tiene.

A este esquema debería adicionarse un sistema de fondos de garantías que funcionen cuando la empresa de seguros no responde a la cobertura establecida por encontrarse en un proceso de liquidación voluntaria o forzosa sin respaldo patrimonial y financiero, lo que conlleva a la pérdida de responsabilidad de la empresa de seguros por factores económicos.

Estas fallas del sistema no deben recaer sobre el Estado ni sobre el asegurado ni mucho menos sobre el damnificado, de tal manera que el establecimiento de los fondos de garantías para estos casos o para aquellos casos donde no exista la determinación de un responsable —que son siempre excepcionales— deben ser absorbidos por los fondos de garantías.

El sistema de seguro obligatorio, incorporado a través del art. 68 de la ley 24.449, tiene distintas particularidades. Un rápido análisis del citado artículo nos señala que este seguro es obligatorio, y ello surge de la fórmula que utiliza el artículo al establecer que “debe estar cubierto por seguros”, lo que despeja cualquier duda sobre la necesidad que impone la ley de que para transitar por las rutas nacionales y también provinciales o calles municipales que se adhieran al sistema nacional, el automotor, el acoplado, semiacoplado o la motocicleta, debe estar cubierta por un seguro.

Este seguro debe otorgar cobertura de acuerdo a las condiciones que fije la autoridad en materia aseguradora, o sea, la Superintendencia de Seguros de la Nación. Esto despeja las dudas que se habían abierto respecto de si la Superintendencia tenía facultades para establecer condiciones, límites, cláusulas especiales, de lo que no queda dudas en base al texto legal que estamos analizando.

Los daños que cubre son aquellos causados a terceros, transportados o no; esto está definiendo la legitimación activa frente al reclamo, ya que deben reunir la calidad de terceros frente al evento. En definitiva, no se está refiriendo a los daños causados a su propio asegurado.

Se establece la obligatoriedad del seguro para las motocicletas, en las mismas condiciones que rige para los automotores; y esta es una cuestión que cobra importancia, particularmente en el radio urbano municipal. La duración del seguro será anual, sin perjuicio de que las partes puedan establecer plazos mayores de contratación, siguiendo el criterio de la ley 17.418, el cual consiste en la libertad de contratación del seguro obligatorio automotor con cualquier entidad autorizada para operar en el ramo, lo que puede resultar tal vez sobreabundante, en virtud de que en la República Argentina, para operar en una determinada rama asegurativa, se debe tener la autorización de la Superintendencia porque así lo establecen las normas legales específicas, particularmente la ley 20.091 y las distintas resoluciones reglamentarias de la misma que ha dictado la Superintendencia de Seguros de la Nación.

Cobra importancia la obligación que tiene la aseguradora de otorgar al asegurado el comprobante del seguro obligatorio, recientemente reglamentado también, ya que al intensificarse los controles de tránsito en las rutas nacionales, provinciales y municipales la falta del seguro obligatorio o del comprobante de este llevará a la materialización de una contravención y su correspondiente sanción. También se exige el cumplimiento de la revisión técnica obligatoria para la contratación del seguro, lo que es importante en virtud de las condiciones que debe tener el automotor para ingresar a la vía pública. Una alternativa es que se encuentre en condiciones reglamentarias de seguridad, lo que sucede con automotores nuevos, por ejemplo.

Expresamente, materializa el art. 68 la base de un sistema de información que hace a la seguridad vial y a la elaboración de un mapa accidentológico

necesario para tomar las medidas políticas que correspondan, y así se genera la denominada “acta de choque”.

Esta acta de choque, además, deberá ser remitida al organismo encargado de la estadística para elaborarla en base a la cantidad y calidad de los accidentes de tránsito en la República Argentina.

Los gastos de sanatorio, también entendidos los gastos inmediatos de atención médica, serán abonados de inmediato por el asegurador, y esto fue reglamentado por la Superintendencia de Seguros de la Nación, aunque pueda ser cuestionado el plazo, en principio de tres días corridos desde que recibió las constancias o el reclamo pertinente sobre dichos gastos de sanatorio, siendo aplicables los principios en materia de información y documentación a requerir que establece la ley 17.418. También los gastos de velatorio serán abonados de inmediato por el asegurador, y esto tiene un alto contenido social, particularmente en las personas de escasos recursos.

La pauta legal es que sean abonados de inmediato, o sea, sin mayor demora, justamente porque lo que se pretende es que este sistema económico/financiero que es el seguro cumpla con la función social que en esta clase de seguros obligatorios tiene, y es la de resolver rápidamente los primeros gastos inmediatos respecto de los cuales muchas personas carecen de fondos para cubrirlos. Debemos recordar que estamos hablando de sumas de poco monto, ya que los gastos sanatoriales están en diez mil pesos por persona, y los gastos de sepelio, en otros cinco mil pesos por persona.

También se señala que deberán ser abonados por el asegurador, y aquí la jurisprudencia ha considerado que es cualquier empresa de seguros que se encuentre involucrada en el accidente y respecto de la cual los reclamantes sean terceros. Todo ello sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego, o sea, el derecho a recobrar los gastos abonados en forma inmediata a través de esta obligación legal autónoma. Lo que sucede y que no tiene mayores precisiones es respecto de quién se puede recobrar, lo que ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia, pero particularmente, debemos señalar que puede recobrarlo del responsable del daño, salvo que este sea su propio asegurado.

Una pauta importante que trae el art. 68 es que el acreedor, o sea, el sanatorio o la casa de sepelios, puede subrogarse en el crédito del tercero o

sus derechohabientes y reclamarle directamente a la empresa de seguros involucrada en el caso.

El pago de estos conceptos que surgen del concepto de obligación legal autónoma no puede implicar la renuncia a un reclamo posterior y como en este ámbito del seguro, los accidentes y los pagos extrajudiciales, pueden existir renunciaciones a derechos de mayor entidad. La ley se ocupa de establecer la carencia total de validez de las renunciaciones anticipadas. Se determina que la reglamentación regulará el sistema de prima variable, que tiene en cuenta el récord de accidentes que la persona asegurada tenga en su haber. Con esto se hace participar en el costo del seguro a aquel que genera una mayor siniestralidad y disminuir dicho costo al que no tiene o carece de siniestralidad.

Este seguro obligatorio instituido por el art. 68 nos ha dejado una rica casuística aunque no se observan precedentes de nuestro Superior Tribunal, salvo en lo referido a la franquicia específicamente. La jurisprudencia ha recogido con diversas apreciaciones el sistema del aseguramiento obligatorio, señalando en primer lugar que pueden ser inconstitucionales estas normas de la Superintendencia de Seguros de la Nación porque exceden el ámbito de sus competencias al legislar en materia de obligaciones y responsabilidad civil, aunque la mayoría de los precedentes se han pronunciado a favor de la validez de esta clase de normas.

Se recoge en todos los fallos que el seguro obligatorio tiene la finalidad de tutela de un interés superior, que es la reparación de los daños a terceras personas, como una forma de atenuar las consecuencias de siniestro y preservar los derechos a la vida y a la salud de las personas. Se recoge también que siempre debe referirse a daños inmediatos, que deben realizarse en forma urgente, en ese momento, y no con posterioridad al accidente acaecido.

También se resalta la obligación del asegurador de abonar en forma inmediata los gastos, y para ello se pueden utilizar distintas vías procesales, como medidas cautelares innovativas, autosatisfactivas, o cualquier otra herramienta procesal que pueda brindar una solución adecuada y tornar operativo en forma inmediata el art. 68 en análisis.

Subyace, entonces, lograr la más amplia tutela en los intereses de la víctima en lo relativo a la reparación efectiva del daño que se les ocasionó

injustamente. Se han dado diversos pronunciamientos que recogen las apreciaciones antes señaladas. Se encuentra aquí en cuestión una discusión importante sobre la actual prevalencia de determinados derechos fundamentales, como son los derechos de las víctimas, que involucran por supuesto la salud y la vida de las personas, y que hacen necesario contar con un sistema de aseguramiento posible y efectivo.

Sin embargo, aún no se ha establecido un resguardo para la crisis o falla del sistema asegurativo, como podrían ser los fondos de garantías que existen en otros sistemas legales, y aún en la República Argentina, por ejemplo, el fondo de garantía y el fondo de reserva de la ley 24.557. Estamos hablando de la problemática donde, llegado al momento del resarcimiento del daño derivado del accidente, nos encontramos con que la empresa de seguro se encuentra en una liquidación insolvente. Aquí si el causante del daño también resulta insolvente, daño este derivado del tránsito, quedará sin resarcimiento.

Se ha intentado hacer responsable al Estado por la liquidación insolvente de las empresas de seguro, pero aún en los precedentes de nuestra Corte, como lo es en el caso de "Sorba"⁽¹⁶⁾, el Máximo Tribunal ha optado (si bien por cuestiones de técnica procesal) por no hacer responsable al Estado Nacional por la falla del sistema asegurativo.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de volver a debatir la relación que se establece entre un contrato netamente comercial, como es el contrato de seguros, aún en su manifestación obligatoria en la forma de contratar, con los derechos fundamentales a la salud y a la vida de las víctimas de los accidentes de tránsito. La Corte reivindicó estos derechos fundamentales cuando se trató de limitar la responsabilidad de las aseguradoras en el cumplimiento de una sentencia.

El art. 61 de la ley 25.565 (Adla, LXII-B, 1612) al disponer, en su segundo y tercer párrafo, que las ejecuciones de sentencias judiciales firmes por coberturas otorgadas por diferentes riesgos por la Caja Nacional de Ahorro y Seguro en liquidación no podrán extenderse, hasta el límite de las coberturas contra los

(16) CSJN, "Sorba, Luis E. y otros c/ Superintendencia de Seguros de la Nación y Otro", 24/06/2004, Fallos: 327:2471; RCyS 2005, 330; RCyS 2004, 991, IMP 2004-B, 2881, La Ley 21/09/2004, 4, con nota de Augusto M. Morello.

asegurados y terceros alcanzados por ellas, carece de razonabilidad porque no se limita a restringir por un cierto tiempo el derecho del acreedor a perseguir el cobro de su crédito contra cualquiera de los condenados, sino que elimina esa posibilidad, lo que desnaturaliza elementales reglas y principios que rigen en materia de obligaciones provenientes de seguros de responsabilidad civil y afecta los arts. 17 y 18 CN (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo).⁽¹⁷⁾

Sin embargo, en particular, cuando se refirió al tema de la franquicia, ha sostenido que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional, y por lo tanto, los terceros deben respetar el contenido mismo del contrato. Admite que la reparación de los daños sufridos por las víctimas en otro accidente de tránsito nos lleva a otro principio constitucional que es el deber de no dañar a otro. Recoge el derecho de las víctimas a una reparación integral de los daños sufridos.

Pero luego realiza una particular interpretación de lo que es la franquicia en el seguro. Allí, en un criterio que no compartimos, sostiene que si una persona puede trasladar al seguro la totalidad de los daños que causa, no tendrá ningún incentivo para tomar precauciones tendientes a evitar el daño; en cambio, si una parte repercute sobre su patrimonio, la indemnización mantendrá un efecto disuasivo.

Desde nuestro punto de vista, la franquicia no tiene tal fundamento. Esta es una particularidad del sistema de seguros para evitar, en un segmento de riesgos, que los mismos impacten en forma generalizada sobre el corazón mismo del sistema. Con la franquicia establecida para el seguro del transporte automotor de personas, se dejan fuera del sistema de seguros una gran parte de daños con impacto negativo sobre la estructura económica financiera del mismo. Es esta y nada más que esta la implementación del recurso económico financiero de la franquicia.

De ninguna manera puede considerarse a la franquicia como un beneficio para las víctimas, ya que excluye a uno de los principales responsables (económicamente hablando) de la reparación de los daños. Es más, la

.....

(17) CSJN, "Ávalos, Hugo M. c/ Czumadewski, Alejandro", 11/07/2007, DJ 2007-III, 244, La Ley, 28/11/2007, 11, con nota de Carlos José Laplacette.

mayoría de los abogados y operadores del derecho comprenderán que si no existe una empresa de seguros involucrada en un accidente de tránsito, difícilmente el daño tendrá la reparación pretendida.

Sin perjuicio de ello, a continuación se transcriben los párrafos más importantes de algunos precedentes del Máximo Tribunal que sostienen la constitucionalidad y legitimidad de este instituto.

6 | El derecho a la salud

En la Constitución Nacional no está consagrado expresamente el derecho a la vida y a la salud, sin perjuicio de que se ha construido doctrinaria y jurisprudencialmente en base a las normas de los arts. 19 y 33 CN.

En el art. 33 CN, dentro de los derechos implícitos, se ha sostenido la consagración del derecho a la vida y el derecho a la salud.

En otros términos, según la regla establecida por el Tribunal, el Estado Nacional tiene una responsabilidad subsidiaria en la prestación de los servicios de salud que se atribuyen a las obras sociales y a los entes locales, pero primaria y principal en la articulación de las políticas sanitarias, en la supervisión y fiscalización de aquellas obligadas y en la respuesta urgente cuando las prestadoras del Servicio de Salud incumplen la prestación. [...], del precedente “Campodónico de Beviacqua” emerge una solución justa para el caso concreto y una regla hacia el futuro que exige una articulación y armonización creativa, operativa y eficaz de los servicios profesionales y del sistema de provisión de los medicamentos necesarios, entre todos los prestadores involucrados. Tal articulación puede exigir la instrumentación de compensaciones entre jurisdicciones, mediante leyes convenio.⁽¹⁸⁾

Este derecho a la salud sí se encuentra consagrado expresa y minuciosamente en muchas Constituciones Provinciales, como podrían serlo la constitución de la Provincia de Buenos Aires, que tiene distintas normas

(18) GELLI, M. ANGÉLICA, “Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada”; Bs. As., La Ley; 2006; pp. 382/383/386/387.

relacionadas con la protección de la vida y de la salud, entre ellos, los arts. 10, 12 y especialmente el art. 36 inc. 8°.

En este art. 36 inc. 8° se dice que la Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud, la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico-dependientes. El medicamento, por su condición de bien social, integra el derecho a la salud; la Provincia, a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad, asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en el proceso de producción y comercialización.

Como podemos observar, esta norma incorporada por la Convención Reformadora de 1994 en la Provincia de Buenos Aires es trascendente en el ámbito de la construcción constitucional de dicho Estado Provincial. No solo se ocupa del acceso a los sistemas de salud, al mantenimiento de un sistema de salud público y gratuito, sino que además considera al medicamento como bien social e integrativo del derecho a la salud, lo que implica que en la Provincia de Buenos Aires el acceso a la medicina y a los medicamentos constituyen derechos constitucionales de los ciudadanos.

En la Provincia de Santa Fe, se encuentra una norma referida a la tutela de la salud en el art. 19. Allí se señala que la Provincia tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes del individuo de la comunidad y el individuo en materia sanitaria y crea la organización adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud en colaboración con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas nacionales e internacionales.

Las actividades profesionales vinculadas a los fines enunciados cumplen una función social, y están sometidas a la reglamentación de la ley para asegurarla. Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana. Observamos que la norma de la Constitución de la Provincia de Santa Fe se establece sobre parámetros distintos a los señalados por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Cabe rescatar que coloca a la atención médica en función social, y también es importante el último párrafo del artículo señalado donde no existe la posibilidad de superar la autonomía de las personas para obligarlas a un tratamiento sanitario, principio este que acaba de ser recogido por la ley en análisis.

En el ámbito de los instrumentos internacionales, ha sido consagrado en diversas oportunidades el denominado derecho a la salud, los que se incorporan de alguna manera a nuestro sistema legal en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 CN.

Dentro de estos tratados, puede rescatarse la denominada Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su art. 25 establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene, asimismo, derecho a los seguros, en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos en matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social. Se observa, en este importante instrumento internacional, que toda persona tiene derecho a la salud y a la asistencia médica, lo que se agudiza en determinados casos como la invalidez, la vejez y la niñez.

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se establece en su art. 11 el derecho a la preservación de la salud y al bienestar. Así, se señala que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. Se observa aquí una limitante que es la incidencia económica y financiera para la materialización de estos derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 señala que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y

en base a ello el Estado deberá adoptar determinadas medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho, y de esta manera reducir la mortalidad, la mortalidad infantil y el promover el sano desarrollo, el mejoramiento en todos los aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas, y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Obsérvese que a esta altura del desarrollo los instrumentos internacionales pretenden garantizar la salud de las personas como una obligación de la sociedad y del Estado.

El protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, establece en sus arts. 9º y 10 las normas fundantes de este derecho a la salud. El art. 9º en realidad se refiere a un derecho instaurado en el marco de la seguridad social que protege a las personas contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad, que lo imposibiliten física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa.

Asimismo, se establece que cuando las personas se encuentren trabajando, tienen derecho a que la seguridad social cubrirá al menos la atención médica, y el subsidio o jubilación en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional. El derecho a la salud está consagrado expresamente en el art. 10, y lo establece señalando que toda persona tiene derecho a la salud, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados partes se comprometen a reconocer a la salud como un bien público, y particularmente adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios del servicio de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas o enfermedades de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y el tratamiento de los problemas de salud;
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

Se observa en este instrumento un claro avance para la construcción de un sistema de salud que permita que todos posean asistencia médica del más alto nivel, y particularmente se pone de manifiesto la necesidad de que el Estado se ocupe, en materia de salud, de las personas que por sus condiciones de pobreza se encuentren en un grado mayor de vulnerabilidad.

Este derecho a la salud, cuando se traslada a la faz práctica, más allá de las importantísimas consagraciones que se ha realizado de él en la Corte Suprema de Justicia de la Nación —y que a continuación se transcriben algunos de estos principios señalados por el Máximo Tribunal Nacional— se destacan otras particularidades del mismo.

En primer lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido la importancia y trascendencia de este derecho a la salud. Se ha establecido claramente la base constitucional de esta obligación y el derecho a la salud que los habitantes de una provincia tienen derecho a reclamar respecto del Estado provincial, y así se lo ha establecido tanto en la Provincia de Buenos Aires como en la Provincia de Santa Fe:

La prestación cumplimentada en un establecimiento sanitario oficial es la consecuencia de la asunción por el Estado de una función propia, pues el art. 36, inc. 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce el derecho a la salud y a esos fines garantiza a todos sus habitantes el acceso a ella en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos, sosteniendo el hospital público y gratuito (del voto del doctor de Lázzari)".⁽¹⁹⁾

La Provincia de Santa Fe no puede eximirse del deber constitucional de tutelar la salud como derecho fundamental del individuo (art. 19, Constitución Provincial), por lo que debe proveer

(19) SCJ BUENOS AIRES, "Castillo, Ramón O. c. Echaburu, C. Paz", 13/08/2003 en LLBA 2003, 1352, RCyS 2004, con nota de Jorge Mario Galdós, RCyS 2004, 487.

los medios necesarios cuando la organización técnica creada a tal fin desatiende al paciente —en el caso, el Centro Único de Ablación e Implante de Órganos manifiesta carecer de fondos para realizar un trasplante autólogo de médula a una persona que no tiene cobertura social— o es inadecuada.⁽²⁰⁾

Es importante determinar que esta obligación tiene formas concretas y debe ser asumida activamente por el Estado.

La contracara del derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a una adecuada atención médica es una obligación “activamente universal” que no consiste en una abstención u omisión, sino en un hacer que existe ante o frente a toda la sociedad. De esta forma, en cada situación debe asignársele a tal derecho el contenido de la prestación posible debida al paciente enfermo.⁽²¹⁾

Para garantizar una real y tempestiva aplicación e implementación de la obligación que hemos señalado, de base constitucional, se ha reconocido la procedencia de medidas cautelares y también de la vía del amparo.

Es procedente la medida cautelar innovativa pedida en una acción de amparo para que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires designe en forma provisoria una persona a los fines de cubrir un cargo en un hospital —en el caso, empleado histórico—, si el establecimiento presenta una situación de desborde y atrasos en la prestación del servicio por insuficiencia de personal, existiendo peligro para la salud de los pacientes y el desenvolvimiento responsable de los médicos, pues dicha comuna debe garantizar el derecho fundamental a la salud —art. 20, Constitución local—.⁽²²⁾

Cuando se encuentra en juego la afectación general de la salud de la población —en el caso, se dedujo acción de amparo por

.....

(20) CAPEL. CIV. Y COM. ROSARIO, Sala III, “M., G. M. c/ Provincia de Santa Fe”, 04/12/2000, en *LLitoral*, 01/01/1900, 728.

(21) CFED. APEL. MAR DEL PLATA, “Recalde, Norberto c/ Dirección de Bienestar de la Armada”, 17/06/1999, en *La Ley* 1999-E, 899, DJ2000-1, 746.

(22) CAPEL. CONT. ADM. Y TRIBUT. CABA, Sala II, “Asociación de Médicos Municipales de La CABA c/ GCBA”, 09/04/2002, Sup. Const. 2002 (diciembre), 59.

omisiones arbitrarias cometidas por el gobierno provincial que afectaban la atención en hospitales públicos— debe desestimarse la vía contencioso administrativa, a favor de la expedita acción de amparo, resultando cualquier juez competente para conocer y resolver de la acción de amparo intentada.⁽²³⁾

Resulta procedente la acción de amparo tendiente a que se conceda la autorización para que se practique la ligadura de trompas de la peticionante, pues el derecho a la salud no se identifica simplemente con la ausencia de enfermedad sino que remite al concepto más amplio de bienestar psicofísico del paciente, más aun teniendo en cuenta que un nuevo embarazo comprometería la salud de la actora y agravaría la ya precaria situación económica de su grupo familiar.⁽²⁴⁾

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud ha dado tratamiento a este “Derecho a la Salud”, lo que en forma inicial e informativa se transcribe a continuación.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El derecho a la salud obliga a los Estados a generar condiciones en las cuales todos puedan vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones comprenden la disponibilidad garantizada de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no se limita al derecho a estar sano.

Según la Observación General, el derecho a la salud abarca cuatro elementos:

- I. Disponibilidad. Se deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como de programas de salud.

(23) TRIB. CRIM. N° 3 MAR DEL PLATA, “Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires IX Distrito”, 04/06/2002, en LLBA2002, 975 - Sup. Adm. 2002 (agosto), 18 - La Ley 2002-E, 368.

(24) Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial Mar del Plata, Sala II, “CGN s/ amparo”, 30/11/1999.

2. Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos dentro de la jurisdicción del Estado Parte. Esto implica:
 - no discriminación
 - accesibilidad física
 - accesibilidad económica (asequibilidad)
 - acceso a la información
3. Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida.
4. Calidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone a los Estados partes tres tipos de obligaciones, a saber:

- Respetar. Exige abstenerse de injerirse en el disfrute del derecho a la salud.
- Proteger. Requiere adoptar medidas para impedir que terceros (actores que no sean el Estado) interfieran en el disfrute del derecho a la salud.
- Cumplir. Requiere adoptar medidas positivas para dar plena efectividad al derecho a la salud.

Según la Observación General mencionada, el derecho a la salud también comprende “obligaciones básicas” referentes al nivel mínimo esencial del derecho. Aunque ese nivel no se puede determinar en abstracto porque es una tarea nacional, para guiar el proceso de establecimiento de prioridades se enumeran los siguientes elementos fundamentales: atención primaria de salud esencial; alimentación esencial mínima nutritiva; saneamiento; agua limpia potable y medicamentos esenciales. Otra obligación básica es la de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; esa estrategia y ese plan deberán ser elaborados, y periódicamente revisados sobre la base de un proceso participativo y transparente; deberán prever indicadores y bases de referencia que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; se deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

Los Estados partes deben adoptar medidas de conformidad con el principio de realización progresiva. Esto significa que tienen la obligación de avanzar lo más expedita y eficazmente posible, tanto por sí mismos como con la asistencia y la cooperación internacionales hasta el máximo de los recursos de que dispongan. En este contexto, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir sus obligaciones contraídas en virtud del derecho a la salud y la renuencia a cumplirlas.

Conceptualizado el derecho a la salud y su deber a cargo de quien lo ha dañado o en defecto de estos del Estado, planteamos que es un objetivo del sistema jurídico del derecho, de la justicia lograr caminos, herramientas, modelos, programas y decisiones que logren otorgar eficacia en la respuesta hacia la real materialización de este derecho cuando se ve vulnerado por un AT.

Esta respuesta puede encontrarse en los responsables y en la responsabilidad civil, en el seguro obligatorio o voluntario, en los sistemas de seguridad social, o en el sistema de salud público o privado. Sin embargo, en innumerables situaciones la respuesta justa y deseada no se logra.

7 | Los daños permanentes o sin responsables. El sistema público de salud y las secuelas de los AT

Luego de este desarrollo, debemos detenernos en una problemática que no ha tenido solución a través del sistema de responsabilidad civil ni del sistema de seguros. Es el caso de los daños permanentes y en aquellos donde no se ubica a los responsables del AT.

Las personas resultan dañadas por un AT. Los responsables (si existen) deben pagar las consecuencias dañosas que son cuantificadas por las propias partes o por los jueces. Si los responsables tienen seguro contratado, obligatorio y facultativo, podrán trasladar la responsabilidad y reparación consecuente hacia el sistema de seguros, pero solo hasta el límite de este contrato/sistema.

Muchos daños menores reciben respuesta/cobertura a través del patrimonio del responsable o bien de la cobertura del seguro. Muchos daños

mayores reciben cobertura parcial, porque el límite del patrimonio del responsable o de la cobertura del seguro así lo determina. En innumerables casos donde no se establece la existencia de los responsables ni de cobertura del seguro, estas consecuencias dañosas sobre la salud y vida de las personas es soportada por el sistema de salud pública, dentro de los límites de sus posibilidades.

Sin embargo, en los casos de daños de gran entidad sobre las personas, ni el sistema de responsabilidad civil; ni el sistema de seguros; pueden mantener la respuesta patrimonial o de cobertura a lo largo de la vida de esta persona dañada.

De manera tal que estos dos supuestos quedan a resolver a través del sistema de principios que resguardan los derechos fundamentales de la persona.

En el tránsito hacia el abordaje de estos problemas, se debe resolver una situación intermedia que es la referida a la atención médica que brindan los sistemas de atención pública cuando existe seguro o responsable solvente. En estos casos el seguro y/o el responsable deben reintegrar al sistema público de salud el costo de atención médica, ya que ellos son los que deben soportar el mismo.

Esta cuestión ha sido abordada en diversos y muy valiosos trabajos de doctrina que ofrecen una clara descripción de la situación planteada:

Desde el punto de vista sanitario, el hospital público es por excelencia el lugar donde se dan por lo menos, los primeros auxilios a las víctimas de accidentes de tránsito. Los accidentados suelen llegar al hospital por los sistemas públicos o contratados de ambulancias y solo se trasladan al sector privado o de la seguridad social aquellos que tienen alguna cobertura.

Sin embargo, muchos accidentados, por carecer de cobertura o no desear ser trasladados, permanecen en los hospitales públicos hasta su recuperación total. La accidentología en nuestro país, por su magnitud y complejidad, tiene costos humanos, sociales y económicos difícilmente cuantificables.

Frente a un problema integral de tan difícil solución y especialmente cuando fracasa la prevención, la sala de emergencias y

el hospital público se convierten en la única solución para un problema que debió ser evitado o por lo menos disminuido. Por obvio que resulte, este fracaso de la prevención termina poniendo el eje en la asistencia y rehabilitación de las víctimas, demandando mayor cantidad de recursos humanos, tecnológicos y económicos para su asistencia oportuna.

El problema es, entonces, cuál es la legitimidad y posibilidades concretas del hospital público para facturar y cobrar a los terceros responsables las prestaciones realizadas por la atención de víctimas de accidentes de tránsito, evitando de esta manera un subsidio encubierto del Estado al mercado asegurador.

Y definiremos como subsidio encubierto del Estado a favor de terceros pagadores a todas las prestaciones que por las normas vigentes, el hospital público está facultado y obligado a cobrar (sin alterar la gratuidad en el punto de consumo), y por vacíos normativos o debilidades de gestión no alcanza a cumplir con dicho objetivo en detrimento de los fondos públicos y de los recursos siempre limitados para la atención de las personas que carecen de otra cobertura, aceptando por omisión el enriquecimiento sin causa de las organizaciones o empresas obligadas a hacerlo.

Frente a este problema existen diversos marcos normativos: Códigos Civil y Penal, leyes específicas de materia de seguros y daños, leyes de tránsito, transporte y seguridad vial, regulaciones propuestas por los distintos organismos de control que intervienen en la materia, normas referidas a las facultades de los hospitales públicos en materia de recupero y financiamiento entre otros.

Esta vasta legislación no siempre es clara sobre este punto, a menudo suele resultar desconocida, contradictoria, opinable y especialmente muy discutible.

Sin embargo, existe una práctica de altísimo consenso, avalada y justificada por los "usos y costumbres", legitimada por discursos de escaso análisis, provenientes de múltiples actores y a veces hasta aceptados por el mismo sector público de salud.

Y esa práctica es la de no pagarle al hospital lo gastado en la asistencia médica y sanatorial de las víctimas de accidentes de tránsito, práctica que aún se encuentra amparada en una importante debilidad regulatoria y de gestión pública.

Esta vieja práctica pareciera estar sostenida por un “sentido común”, el sentido común de las aseguradoras, que fundamentalmente sentencia que, “el hospital público es gratuito” y que “los seguros no pagan prestaciones médicas, sino daños a terceros”.

En un primer análisis pareciera que la complejidad de estos casos estaría dada, entre otras cosas, por la intervención mayoritaria de entidades privadas e instituciones públicas absolutamente ajenas al sector salud (compañías de seguros, entes reguladores: Superintendencia de Seguros de la Nación, justicia penal y civil, etc.) que tienen una lógica de funcionamiento propio e independiente de toda articulación con el sector.

A un tema controvertido, que afecta múltiples intereses económicos, corporativos, legales y hasta circuitos marginales de corrupción, se le suma una importante debilidad administrativa y regulatoria del sector salud y lo que es peor, la escasa convicción desde el sector público sobre la legitimidad y/o las posibilidades de éxito, lo que se evidencia en una ausencia normativa y de procedimientos específica para el tema de seguros de accidentes y lo que es peor escasas gestiones de cobro o resultados casi inexistentes”.⁽²⁵⁾

Los actuales proyectos de ley, de modificación del sistema normativo en materia de seguros, establecen como principio (lo que resulta justo, lógico y adecuado) que los hospitales públicos poseen acción directa para exigir el reintegro de los costos de esta atención médica que es a cargo de las aseguradoras o el responsable del accidente.

Ahora bien, queda por resolver quién soporta la atención del derecho a la salud en aquellos casos donde no hay responsables identificados ni cobertura asegurativa, o bien, la misma resulta insuficiente. Estos supuestos

.....
(25) LAREO, MARINA; ENCISO, DANIEL; IMACA, SILVANA y CORREA, LIDIA, “Hospital Público: “El subsidio encubierto a las Compañías de Seguros en la atención de víctimas de accidentes de tránsito”.

son sumamente complejos y las decisiones judiciales las han trasladado al sistema de salud pública, ya que no se ha establecido una normativa creativa que genere los fondos de reparación y atención de esta clase de situaciones.

En el sistema de riesgos del trabajo, (con todos sus inconvenientes y fallencias) la ART, operadora del sistema y beneficiaria de sus resultados económicos y financieros y el empleador, aportante al sistema y beneficiario del trabajo, son a través de las prestaciones médicas de por vida o los mayores aportes para que esto sea posible, los que soportan y absorben esta clase de costos y responsabilidades.

En los AT, es el sistema de salud pública, a través de las Obras Sociales del Estado (PAMI u otras provinciales; IAPOS; IOMA) y el sistema de la seguridad social son los que deben soportar estas consecuencias, costos y preservación del derecho fundamental de las personas a la salud. Ello es absolutamente lógico y justo, sin perjuicio de que deben generarse sistemas que relacionen la absorción de costos por los que generan la problemática del accidente de tránsito desde los que fabrican, comercializan, circulan, transportan y aseguran a los propios involucrados personalmente en el AT. Allí nace la necesidad de estructurar un sistema complejo en su armado, pero más justo en su concepción y eficiente en su respuesta.

En este sistema posible, debe partirse de la idea de que las personas dañadas por un AT, y que no han logrado respuesta en el sistema de responsabilidad civil o de seguro, por las causas que fueran, puedan ser contenidas y atendidas por un sistema concebido en base al aporte de todos los involucrados. Para ello debe partirse de la idea de que la preservación de los derechos fundamentales a la vida y a la salud y a un trato digno son la base de la solución. Seguidamente, debe reformularse el sistema de seguros para concebirlo con un esquema de fondos de garantía que a través de prestaciones dinerarias o en especie puedan incorporar a esta clase de personas dañadas en su salud por el AT. Habilitar el ingreso al sistema de seguridad social, cuando estos Fondos de Garantía no resulten suficientes o adecuados.

Claro está que ello requiere de una concepción económico-financiera de estos sistemas para adaptarlos al fin social justo, que es la protección de los derechos fundamentales de las personas a la vida y a la salud en

estándares razonables, adecuados y dignos. Desde nuestra perspectiva, un sistema de SOA eficiente y adecuado propiciaría a la sociedad una herramienta justa y eficiente y debería, entre otras cuestiones, establecer los siguientes principios o reglas:

- I. Dejar en claro que se establece en función social y para reparar los daños sufridos por las víctimas de los AT, lo que permitirá despejar toda duda sobre su naturaleza, sentido y fin.
2. Establecerlo a través de una ley, para superar los lógicos planteos de inconstitucionalidad que provoca la regulación por normas infralegales y en determinados casos abiertamente irrazonables e injustas.
3. Que otorgue cobertura a los daños personales, sin perjuicio de que sea facultativo, usar el mismo esquema de funcionamiento para los daños materiales.
4. Establecerlo en forma obligatoria y de orden público para todo vehículo que pretenda circular por la vía pública, con consideración especial de su naturaleza y fin (transporte, bicicletas, motocicletas), lo que se reflejará en normas o regulaciones especiales.
5. Que cubra a todas las personas víctimas de un AT, transportado o no transportado, aun al conductor, superando el concepto de tercero y también al propietario/conductor/asegurado, en tanto sea víctima del AT, porque lo que se pretende es un esquema económico financiero sustitutivo de la RC que elimine, en lo posible, las consecuencias dañosas de los AT.
6. Que funcione en forma autónoma de la RC, automática, sin indagación ni posibilidad de eximentes, defensas o excepciones.
7. Que establezca sumas aseguradas adecuadas, razonables y móviles, para resarcir la muerte, la incapacidad en sus diversas manifestaciones y los gastos de asistencia médica, que guarden relación con la cuantificación del daño en materia de RC y del SRC.
8. Que sea de pago inmediato, guiado por el principio de la razonabilidad e informalidad en la prueba del hecho, del daño y de la legitimación.
9. Que los pagos realizados en concepto de gastos de asistencia médica, sepelio, velatorio, sean adecuados, razonables, realizados en forma inmediata y sin mayores dilaciones y con fuertes penalidades para las ES que no cumplan con ellos.
10. Que los pagos por atenciones médicas derivadas de los AT se realicen directamente a los centros médicos que hayan actuado, los que tendrán obligación de atención respecto de las víctimas de los AT.
- II. Consagrando la acción directa de los legitimados contra las ES, por el trámite sumarísimo o más abreviado que exista en la jurisdicción para reclamar las prestaciones del sistema de SOA.

12. Con derecho a subrogarse y repetir del responsable por parte de la ES o del Fondo.
13. Sin posibilidad de que pueda invocarse la franquicia frente a la víctima (sistema de la UE).
14. Sin posibilidad de que exista el dolo o la culpa grave frente a la víctima.
15. Con una prescripción de la acción de tres años, para evitar confrontaciones con el art. 50 de la ley 24.240, relacionada en virtud del art. 1° de la misma.
16. Con un sistema de prima única, contra entrega del certificado. Analizando posibilidades de pago inmediato hacia el sistema, como podría ser la inclusión de un monto debidamente calculado considerando diversos factores, a través de la carga misma de combustible (por ej. del proyecto paraguay) e ineludible.
17. Sin posibilidad de invocar la falta de pago de la prima frente a la víctima.
18. Estableciendo la vigencia anual, renovación automática y sin rescisión respecto del SOA.
19. Sistema de sanciones diversas sobre todos los sujetos involucrados.
20. Control diverso de su cumplimiento a través del impedimento de transferencia, patentamiento, renovación de licencia de conducir y la inserción de la "roseta" del sistema boliviano, que permite a primera vista determinar si posee SOA vigente.
21. Establecimiento de un sistema de garantía, a través del esquema de pago por aseguradoras involucradas y convenios de compensación entre estas y creación de un fondo de garantía que cubra los siniestros no asegurados.

Por supuesto que dentro de estas ideas básicas falta su desarrollo específico y muchas otras situaciones que deben ser contempladas en el amplio debate doctrinario, jurisprudencial y legislativo que el tema ha de generar.

Pero sirve, para que se tenga como un esfuerzo más, por los derechos humanos fundamentales que deben guiar toda construcción jurídica, en este caso, los que refieren a la vida, la salud y la dignidad de las personas que resultan víctimas de un AT.

Consentimiento informado y derecho a la autonomía personal

por ANAHÍ ELIZABETH PROPATTO⁽¹⁾

I | Introducción

Toda persona física, además de la posibilidad de adquirir derechos de toda especie durante toda su vida, lleva consigo desde el origen, e inseparablemente, algunos derechos que, precisamente por ello, se denominan "esenciales" o "derechos de la personalidad"; derechos que no tienen otro presupuesto que la existencia de la persona, pudiendo mencionar aquellos como el derecho a la vida, a la integridad física, a disponer de su propio cuerpo, dignidad, libertad, etc.

Partiendo de la definición del doctrinario Santos Cifuentes, "el derecho al cuerpo o sobre el cuerpo no es algo exterior, separable mecánica o materialmente, distinto o independiente del hombre. No es cosa, no es res, no es una realidad per se. Es la condición que imprime corporeidad a la vida humana. El hombre es corpóreo porque fundamentalmente es desde y por su cuerpo".⁽²⁾ Existe un vínculo entre este derecho y el de la

(1) Abogada (UBA). Coordinadora Administrativa del Observatorio de Salud de la Facultad de Derecho (UBA). Docente de Grado con cargo designado de Ayudante de 2º en la materia Derecho de la Salud del Ciclo Profesional Orientado (UBA). Actualmente, cursando el postgrado UBA "Programa de Actualización y Profundización en Derecho de la Salud, Gestión y Legislación Sanitaria".

(2) CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2008.

vida: "el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica se presenta como el primero de los derechos de la personalidad, esencial entre los esenciales".⁽³⁾

Quedan así expresadas dos ideas fundamentales: al cuerpo no se lo puede confundir con los objetos exteriores, materiales y valorables, y el hombre cuenta con un cúmulo de facultades sobre su propio cuerpo. Con la expansión de los derechos personalísimos, se ha puesto de relieve la necesidad de contar con la voluntad del paciente, el cual no hace otra cosa que ejercer facultades que nacen de la integridad física, el derecho a la salud y al cuerpo.

En principio, el médico no puede efectuar ningún tipo de tratamiento sin recabar el consentimiento del paciente, enseña Bueres, quien encuentra fundamento de esa premisa en dos derechos existenciales, los que protegen la libertad personal y el propio cuerpo.

Es allí donde la autonomía del paciente, como bien jurídicamente protegido, surge como una manifestación de la libertad humana y del reconocimiento de su dignidad y valor de la persona, tal como ha sido receptada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,⁽⁴⁾ la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁽⁵⁾ y el Pacto San José de Costa Rica (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).⁽⁶⁾ Hoy en día, esa dignidad y libertad resultan indiscutibles, son fundamento en todo ordenamiento y su reconocimiento está expreso en todas las leyes supremas. De ello se deriva que el derecho al consentimiento informado es la expresión de la libre autodeterminación de todo ciudadano y lleva im-

(3) MOSSET ITURRASPE, JORGE, *El valor de la vida humana*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.

(4) Art. 25, inc. 1º: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tienen asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".

(5) Art. 1º: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona"; y art. 11: "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

(6) Art. 5º, inc. 1º: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y art. 11, inc. 1º: "Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad".

plícito dos funciones: promover la autonomía de los individuos y fomentar la racionalidad en la toma de decisiones médicas.

En este camino, nos encontramos frente a un cambio de paradigma en la relación médico-paciente, en tanto se quebranta el modelo “paternalista” —por el cual jamás se solicitaba al médico explicación alguna de su proceder y, al mismo tiempo, este tampoco estaba obligado a darla— y va en ascenso el modelo “autonomista”. Se comienza a considerar que el paciente es un individuo autónomo, capaz y, al mismo tiempo, comienza a ser destinatario de toda la información necesaria, así como de ser absolutamente libre para tomar todo tipo de decisiones sobre su propia salud. Esta nueva forma de entender la relación médico-paciente ha surgido como consecuencia de profundas transformaciones en la medicina y en la sociedad. El modelo antiguo exigía al enfermo obediencia y confianza en el médico, y el médico, por su parte, debía mantener una autoridad fuerte para cumplir con su deber de buscar el máximo beneficio objetivo del paciente.⁽⁷⁾

La bioética, por su parte, no tardó en influir en el derecho, repercutiendo sobre la relación médico-paciente y acentuando el respeto a la dignidad de este último. Uno de sus principios fundamentales, el de la **autonomía**, proclama el respeto por la persona, la no interferencia y el deber de no coartar sus decisiones individuales. Lleva a la consideración del paciente como agente responsable de la atención de su salud, capaz de saber y decidir, al mismo tiempo que supone el reconocimiento del actuar autorresponsable. Frente a lo expuesto, puede entrar en conflicto otro principio de la bioética, el de **beneficencia**, propio de la ética médica tradicional y de los principios clásicos hipocráticos, que implica no perjudicar al paciente ni ocasionarle mal, obligando al galeno a poner el máximo empeño en atender al paciente y hacer cuanto pueda para mejorar su salud en la forma que considere más adecuada.⁽⁸⁾ Para armonizar ambos principios, se recurre al tercero, el de la **justicia**, que es el reparto equitativo de cargas y beneficios en el ámbito del bienestar vital y configura el consenso ético para abordar los conflictos. Este principio impone límites al de autonomía, ya que pretende que cada

(7) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, “El consentimiento informado: un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar decisiones”, *Cuadernos del Programa Regional de Bioética* N° 2, abril de 1996, Organización Panamericana de la Salud.

(8) RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *Derecho Civil parte general*, 2ª. reimp., Bs. As., Astrea, 2003.

individuo no atente contra la vida, la libertad y los derechos básicos de otras personas.⁽⁹⁾

En los últimos años, esta relación experimentó una transformación radical y ahora el paciente espera que se respeten sus derechos, su autonomía para decidir y su proyecto autorreferencial de vida.

1.1 | Evolución histórica

Hacia el año 1931, el Ministerio de Sanidad del Reich alemán dictó una regulación concerniente a las nuevas terapias médicas y experimentales con sujetos humanos, en la cual se reconocía el derecho del paciente a otorgar su "claro e indubitable" consentimiento para participar en ensayos clínicos y experimentos programados. Sin embargo, esta normativa de avanzada no fue aplicada en el territorio alemán durante la Segunda Guerra Mundial en los campos de concentración y exterminio. Ello colaboró para que el Tribunal de Núremberg, una vez finalizada la guerra, se esforzara por establecer principios básicos a fin de resguardar los aspectos morales, éticos y legales involucrados con las investigaciones en seres humanos. Motivo por el cual, en el año 1947 se dicta el Código de Núremberg que, en su punto uno, determina que el consentimiento voluntario del sujeto humano potencial de una investigación es absolutamente esencial y que la persona involucrada debe tener capacidad legal de dar el consentimiento, debiendo estar en condiciones que le permitan el libre ejercicio del poder de elección sin la intervención de ningún elemento de presión, fraude, engaño coacción o compulsión y debe tener además, conocimiento y comprensión suficiente de los elementos en juego de la investigación que le permitan tomar una decisión lúcida y con conocimiento de causa. Esta persona ha de conocer la naturaleza, duración y propósito de la misma, el método a utilizarse y los medios que se pondrán en práctica.

Posteriormente, y continuando con esta línea de protección, se dictaron las Declaraciones de Helsinki. La primera fue adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial y se llevó a cabo en esa ciudad (Helsinki, Finlandia) en junio de 1964. Esta Declaración de Helsinki I dio a conocer una recomendación para guiar el curso de las investigaciones con seres humanos, especialmente preparadas para esclarecer la conciencia de los médicos del mundo entero.

.....

(9) КВИТКО, LUIS A., *La peritación médico-legal en la praxis médica*, Bs. As., La Rocca, 2008.

Transcurrida la 29ª Asamblea Médica Mundial que tuvo lugar en la ciudad de Tokio en el año 1975, se dicta la Declaración de Helsinki II que amplió la primera e introdujo la **investigación biomédica en sujetos humanos**; asimismo, determinó que los protocolos deberán contener mención de las consideraciones éticas del caso y que se deberá contar con el consentimiento informado.

En este mismo eje temático, se dicta en 1973 la Carta de los Derechos de los Pacientes de la Asociación Americana de Hospitales que en su articulado (2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º y 9º) prioriza el derecho a obtener de su médico la información completa disponible para otorgar el consentimiento informado antes del inicio de cualquier prueba y/o terapia. También le brinda el derecho al paciente de rechazar el tratamiento una vez informado de las consecuencias que implica tal acción.

Para concluir con este derecho a brindar un consentimiento informado libre previo a someterse a una investigación clínica, podemos mencionar la Guía de Ética Médica Europea del 06/01/1987, el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina que tuvo lugar en Oviedo en abril de 1997 y la Declaración de Bioética de Gijón del año 2000.

En función de lo hasta aquí expuesto, y en concordancia con el Dr. Rabinovich-Berkman,⁽¹⁰⁾ concluyo que con la aparición de la bioética se empezó a "moralizar" la medicina y "medicalizar" la moral.

A partir de entonces, el cuerpo médico, antes de ensayar procedimientos invasivos o riesgosos, debía revelar pormenorizadamente a su paciente cuál era la naturaleza y el propósito que dicho procedimiento perseguía, como también sus riesgos y beneficios potenciales, además de las alternativas de tratamientos disponibles alternativos al recomendado. Todo esto para que fuera él mismo el que finalmente acordara o rechazara la oferta de los profesionales. Recién en esa época se sistematizaron las preocupaciones en torno a la consideración del enfermo como persona plena, titular de obligaciones y derechos, pero también dueño de una autodeterminación que le permitía, en forma racional y libre, ejercer su dominio sobre sí, y por lo tanto, participar en las decisiones terapéuticas, diagnósticas o de investigación.

.....

(10) RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *op. cit.*

1.2 | Antecedentes jurisprudenciales

El primer gran antecedente que diera origen a la obtención del consentimiento informado data del año 1914 y fue dictado en la causa “Schoendorff vs. Society of New York Hospital”. En dicho precedente judicial la mujer padecía de un fibroma y ante la operación quirúrgica que le practicaron se sostuvo que “todo ser humano adulto y sano mentalmente tiene derecho a determinar qué es lo que él hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente...”. El segundo antecedente se desarrolla en el año 1957⁽¹¹⁾ y tuvo como hecho el juzgamiento de las responsabilidades de una paraplejía producida por una aortografía translumbar (técnica radiológica que permite descubrir posibles alteraciones en la morfología de las aortas —examen vascular—), cuyos riesgos no habían sido advertidos previamente al paciente. El juez estadounidense de la causa dijo: “Un médico viola su deber hacia su paciente y es sujeto de responsabilidades si no proporciona cualquier dato que sea necesario para fundamentar un consentimiento inteligente al tratamiento propuesto...”.

Vistos los antecedentes hasta aquí descriptos y su evolución, nos enfocaremos en la legislación vigente existente en nuestro país.

2 | Legislación Sanitaria. Concepto. Deber de informar

Remontándonos al año 1967, se dicta en nuestro país la ley 17.132 de “Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas” que, en su art. 19, inc. 3, determina que los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a respetar la voluntad del paciente (primer signo de la autonomía de la voluntad receptada en una norma) en cuanto sea su negativa a tratarse o internarse salvo en los casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. Continúa diciendo el artículo: “En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones”; esto es así en cuanto se debe

(11) “Salgo vs. Leland Stanford Jr. University-Broad of Trustees”, California, EEUU, 1957.

requerir consentimiento en forma escrita a los pacientes que sufrirán ese tipo de intervención. Prosiguiendo con el marco legal, cito la Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionada en el año 1999, introduciendo el concepto de “consentimiento informado” en el art. 4° inc. d) como un derecho de los pacientes. Años más tarde, en noviembre de 2009 se dicta la ley nacional 26.529 de Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado, modificada luego de tres años tan esperados, bajo el número 26.742 y reglamentada por decreto 1089/2012.

La primera parte del art. 5° de la citada Ley de Derechos del Paciente expresa lo siguiente: “Declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, luego de recibir por parte del profesional tratante, información clara, precisa y adecuada...”. En otras palabras, esto significa que para que el paciente pueda materializar esa declaración de voluntad, y llegue así a tomar una decisión sobre su estado de salud, procedimiento a seguir y plan de diagnóstico —terapéutico, quirúrgico o de investigación científica o paliativa—, este debe ser informado por el médico, y esa transmisión de la información que se realiza de “experto a profano” (en palabras del recordado y querido Atilio Alterini) debe ser clara, precisa y adecuada; y, agregamos, adaptados al nivel cultural de cada persona aquellos conocimientos necesarios que permitan al usuario de servicios de salud decidir qué resulta apropiado para su cuerpo y su conciencia.

Debe partirse de la base de la ignorancia del paciente, de ahí que el médico no debe esperar a ser interrogado, sino que la información debe fluir de él ya que se encuentra en una posición de superioridad que viene dada por sus conocimientos.⁽¹²⁾

Claro está que para asumir este consentimiento, el paciente debe reunir ciertas condiciones tales como disponer de una información suficiente, comprender la información adecuadamente, encontrarse libre para decidir de acuerdo a sus propios principios y ser competente para tomar la decisión en cuestión. El consentimiento informado solo se logra como resultado de un proceso de diálogo y colaboración en el que se intenta tener en cuenta la voluntad y los valores del paciente.⁽¹³⁾

(12) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “El Consentimiento Informado en la práctica médica”, en *La Ley* JA 2001-III-1085, 2011.

(13) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL A., *op. cit.*

A su vez, la reglamentación traída por el decreto 1089 impone la obligación al médico de informar, aun cuando esa información presente dificultades para ser comprendida o el paciente, ejerciendo su derecho de la autonomía de la voluntad, no acepte recibir dicha información. En consecuencia, podemos mencionar los siguientes casos: **incapacidad** del paciente, el profesional debe adecuarla a sus posibilidades de comprensión y competencia y, además, cumplir también con informar a su representante legal; cuando se encuentre en **riesgo la salud pública**, aún contra la voluntad del paciente, el galeno debe ponerlo en conocimiento; y por último, frente al caso de "estado de necesidad terapéutica" cuando el profesional entienda que comunicando una situación al paciente, este pueda sufrir riesgo o perjudicar su salud de manera grave. Debe dejar asentado en la historia clínica a qué familiar le comunicará tal situación.⁽¹⁴⁾

Especial hincapié hace la ley reconociendo los derechos de los niños, es decir que cuando estos puedan comprender los alcances de la información que le brinda su médico, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarle la información a las personas legalmente habilitadas. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender a favor del paciente, respetando su dignidad y promoviendo su participación en la toma de decisiones, según su competencia y discernimiento. Este es un derecho consagrado bajo la protección de la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional en nuestro país. El art. 13 inc. 1 de la citada Convención menciona: "El niño tendrá derecho a la libertad de expresión, ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones o ideas de todo tipo, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño".

A medida que el menor se va haciendo mayor y sus aptitudes aumentan, se lo debe incluir de manera más plena en la toma de decisiones. En tal sentido, el art. 12, inc. 1º de la referida Convención preceptúa que la opinión del niño, libremente expresada, deberá ser tenida en cuenta

(14) Honorable Congreso de la Nación Argentina, ley 26.742, 09/05/2012, BO 32.404, del 24/05/2012, p. 1. Decreto 1089/2012 PEN: apruébase la reglamentación de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, 05/07/2014, BO 06/07/2012.

debidamente "en función de la edad y madurez...".⁽¹⁵⁾ A su vez, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci⁽¹⁶⁾ señala, con respecto a ello, que no ha de olvidarse que tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, en tanto "una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación". Tratándose de menores de edad para la legislación civil, la participación de estos en la toma de decisiones atinentes a su propia salud se torna necesaria dentro de los parámetros descriptos.

Hemos mencionado en el presente punto el tema de los representantes legales. En cuanto a estos, ha sido regulado por la ley 26.742 y su decreto reglamentario denominado "consentimiento por representación" y se aplicará en los casos que el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del equipo de salud tratante, o cuando su estado físico o psíquico no se lo permita y no haya designado persona alguna. En estos casos, entra en juego el art. 21 de la ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos mencionando el siguiente orden de prelación: cónyuge supérstite o conviviente que acredite tres años de convivencia, hijos mayores a 18 años, padres en forma indistinta, hermanos mayores de 18 años, abuelos, parientes consanguíneos hasta el 4º grado, parientes por afinidad hasta el 2º grado y, por último, representantes legales, tutores o curadores.

En cuanto a la segunda parte del art. 5º, esta expresa que el profesional de la salud debe informar al paciente: su estado de salud, descripción del procedimiento propuesto, tanto de sus objetivos como la manera en que se llevarán a cabo, los riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, beneficios del procedimiento a corto, mediano y largo plazo, posibles procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios o perjuicios de la implementación del mismo; para que con ello, el paciente, ejerciendo su autonomía de la voluntad, pueda aceptar o rechazar, sin expresión de causa, determinados procedimiento o terapias indicadas.

(15) LAVALLE, OLGA O., "Consentimiento informado en adolescentes", en *La Ley*, JA 2000-IV-1067, 2000.

(16) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, "El derecho del menor sobre su propio cuerpo", conferencia dictada en las *Jornadas de Bioética y Derecho*, organizadas por la Cátedra UNESCO de Bioética (UBA) y la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 23/08/2000.

3 | Obligatoriedad

Los arts. 6° y 8° imponen como obligatoria la obtención del consentimiento informado en forma previa a toda intervención profesional médica para todos los subsectores de salud, incluso para los supuestos de exposiciones con fines académicos. Para ello, se requiere brindar adecuada información, pero no en términos de un acto administrativo que implique la suscripción de un formulario, sino como parte del proceso de atención en la que el paciente debe tener una activa participación.

Es entonces que parece aconsejable y prudente que este proceso acontezca en el marco de la relación médico-paciente. En tal sentido, entendemos que, a partir de la entrada en vigencia de esta ley, ya no habrá dudas respecto de que el incumplimiento de la obligación de obtener el consentimiento informado, más allá de las sanciones que la misma norma prevé, generará un daño autónomo por la sola ausencia de este deber de información.

Ello es así por cuanto, establecida la obligación legal de obtener el consentimiento informado en forma previa a la realización de cualquier práctica médica amparada por la norma, su violación aparejará en la órbita civil la obligación de resarcir, independientemente de la existencia de una responsabilidad específica surgida del posible obrar culposo del equipo de salud.

4 | Instrumentación

En principio, salvo casos excepcionales, se establece como regla general para la instrumentación del consentimiento informado la forma verbal (art. 7°), debiéndose dejar constancia de tal situación en la historia clínica del paciente. No obstante ello, ante la eventual necesidad de acreditar el consentimiento, si llegara a ocurrir una controversia, se hace aconsejable que se realice por escrito.

Ahora bien, la instrumentación del consentimiento informado, como se ha dicho más arriba, no puede pasar por esos formularios absurdos que generalmente hacen firmar a todo paciente en el mismo momento que ingresa a un establecimiento asistencial y transformarse en un mero acto administrativo. Un punto clave a destacarse es que valen mucho más las anotaciones en la historia clínica confeccionadas por el médico tratante, en las que se deja

constancia de haberse informado al paciente de los riesgos y ventajas de un tratamiento y sus alternativas, que un formulario preimpreso de varias hojas que el paciente no puede comprender por tratarse de dialecto "técnico".⁽¹⁷⁾

Se regulan como excepciones para las cuales se requerirá la fórmula escrita: los supuestos de internación; intervención quirúrgica; procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; procedimientos que implican riesgos según lo indique la reglamentación de la ley; y, por último, para la revocación del acto.

La constancia del otorgamiento del consentimiento informado constituye el registro documental del proceso que no puede ser confundido con este. Resaltamos en este punto que la experiencia ha demostrado la existencia de importantes fallas comunicacionales en el proceso de obtención del consentimiento informado. Por ello, se hace necesario dotar a los profesionales del equipo de salud de la experticia necesaria a los efectos de posibilitar el desarrollo de habilidades en el suministro de la información adecuada al paciente, de acuerdo a sus necesidades de comprensión y teniendo en cuenta variables tales como edad, nivel de estudios, nivel económico, idioma, religión, entre otros, con miras a que —lejos de ser tenidos en cuenta en forma discriminatoria— se torne posible el proceso de implementación del consentimiento informado en su cabal dimensión. Se requiere, entonces, de un sistema de capacitación adecuado y continuo en el ámbito sanitario y en la propia comunidad que permita conocer el fundamento de este instituto y evite, tangencialmente, transformarlo en una mera práctica más de la medicina defensiva.

5 | Excepciones

El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: primero, cuando mediare grave peligro para la salud pública; a su vez, explica la reglamentación que ese grave peligro deberá ser declarado por la autoridad sanitaria correspondiente. Ante tal situación, la negativa a un tratamiento o diagnóstico puede dar lugar a la pérdida de beneficios o derechos o a la imposición de algunos tratamientos o diagnósticos **coactivamente**, conforme a las legislacio-

(17) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *op. cit.*

nes vigentes. Y segundo, cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Explica la ley 26.742 y su decreto que esa situación de emergencia deberá ser justificada en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe y/o subjefe del equipo médico.

A tal efecto, continua diciendo la ley citada:

Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo.

Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.⁽¹⁸⁾

Empero lo expuesto, se obviaron las situaciones que se viven a diario en los establecimientos sanitarios, como lo que ocurre con los tratamientos médicos impuestos (vacunación o examen prenupcial) que no requieren consentimiento explícito.

6 | Revocación

Ejerciendo el derecho a la autonomía de la voluntad, el paciente puede, en cualquier momento, revocar su consentimiento informado y el profesional deberá respetar la decisión adoptada debiendo dejar expresa constancia de ello en la historia clínica con la firma del paciente, su representante legal o persona autorizada.

Señala el decreto reglamentario de la ley 26.742 que si el consentimiento ha sido **escrito** deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a su nueva rúbrica con intervención del profesional tratante.

.....

(18) Ver nota 14.

Para los casos de una autorización **verbal**, su revocación deberá consignarse por escrito en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente.

Expresa, también, que en el supuesto de revocación escrita o verbal, si al paciente le fuera imposible firmar, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica junto con la firma del profesional y dos testigos que den cuenta de tal situación.

El profesional deberá respetar la decisión revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que aquella implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente o su representante legal o persona autorizada. Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del comité de ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento.⁽¹⁹⁾

7 | La voz de los tribunales

La Cámara Civil de la Sala I⁽²⁰⁾ sostuvo, en una primera etapa, que antes de decidir la realización de un tratamiento o una intervención, deberá efectuar todos los estudios e investigaciones necesarias para llegar a un diagnóstico cierto. Debe tener en cuenta los riesgos o secuelas que deriven del tratamiento o intervención a efectuar y hacer conocer al paciente dichos riesgos. Hay que tener presente que su consentimiento es indispensable para

(19) Decreto 1089/2012 PEN: Apruébase la reglamentación de la ley 26.529 modificada por ley 26.742 de Derechos del paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, 05/07/2014, BO 06/07/2012.

(20) CNAC. APEL. CIV., Sala I, "Favilla, Humberto c/ Piñeyro, José y otro", 25/10/1990.

justificar las consecuencias graves de una atención médica, por ejemplo, una mutilación, y su ausencia torna ilegítimo el hecho médico.

En su dictamen, el asesor de menores había sostenido que:

... todo lo relativo a la información al paciente, a su autorización para determinados tratamientos y a la aceptación de muchos resultados inesperados, tiene su fuente mediata en la pretensión de vasallaje que se mantiene en el ánimo del médico que dispone sobre el enfermo sin adecuada información de este. Al día de hoy, esta información, este derecho a la información, hace a la esencia del contrato de asistencia médica porque la salud es un derecho personalísimo relativamente indisponible cuyo titular es el único legitimado para aceptar determinadas terapias, especialmente cuando ponen en serio riesgo la vida, importan mutilaciones u otros resultados dañosos....

En otro caso que llegó a la Corte Bonaerense, el Tribunal dijo "que el actor no fue informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la 'toilette quirúrgica'; y agregó que se encontró probado que al paciente no se lo anotició del riesgo de infección ni de la extrema urgencia de atender su lesión".⁽²¹⁾

En el camino evolutivo hacia el pleno reconocimiento de la autonomía del paciente y de la importancia del consentimiento informado, cobra singular valor este precedente judicial en el que, si bien se juzgó que no existió culpa en el accionar de los profesionales, igualmente se condenó a la institución sanitaria por no tener organizado un sistema que asegurara la obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a cualquier intervención médica.⁽²²⁾ El Tribunal concluyó, con fundamento en los dictámenes periciales, que no hubo estrictamente mala praxis por parte de los profesionales intervinientes.

Ahora bien, al no estar en duda el riesgo del procedimiento, el Tribunal se pregunta si el paciente fue advertido de tal riesgo: "No cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese

(21) VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., *op. cit.*

(22) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala I, "P., R. H. c/ Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ responsabilidad médica)", 28/12/1993.

riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital” y también señala el Tribunal que:

un adulto tiene derecho de tomar por su propia cuenta aquellas decisiones que signifiquen adoptar un determinado plan de vida. Entre ellas figura la de elegir entre detectar una enfermedad a costa de un gran riesgo, o la de evitar ese riesgo y permanecer en la ignorancia. En este caso, ante la ausencia de prueba, concluyo en que los médicos —no sé con precisión cuál de ellos— eligieron por el paciente.

En definitiva, si bien se rechazó la demanda contra los médicos, el hospital fue condenado por no tener organizados sus servicios de manera tal que se asegurara la obtención del consentimiento informado de todo paciente que va a ser sometido a una práctica médica.

Por último, este fallo de la Cámara Civil, Sala F⁽²³⁾ pronunció:

Que el consentimiento informado comprende reglas jurídicas que determinan conductas para los médicos en interacción con los pacientes; y reglas éticas que tienen sus raíces en la autonomía de la voluntad que asegura al paciente el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica al respecto. Más bien, incluye un complejo proceso de relaciones interpersonales por medio del cual los médicos —y otros profesionales de la salud— interactúan con los pacientes para seleccionar el camino y para lograr el más adecuado cuidado y tratamiento del enfermo.

8 | Conclusión

Toda persona lleva consigo el derecho personalísimo a la vida y a la integridad física, y de ellos se desprende el derecho a disponer de su propio cuerpo, determinar su destino vital y personal con el respeto de sus propias valoraciones y visión del mundo.

Como ha sido explicado en todo este proceso, prevalece la autonomía de la voluntad, esto es el poder de decisión que adopta un paciente priorizando

.....
(23) CNAC. APEL. CIV., Sala F, “M. A. N. c/ F. E. S. s/ daños y perjuicios”, 05/02/1998.

sus creencias, su proyecto de vida, su autodeterminación para consentir o no una práctica médica.

Luego del dictado de la Reglamentación de la Ley de Derechos del Paciente, nos encontramos frente a un gran cambio. Este nuevo camino ofrecido por la norma legal amplía nuevos horizontes donde el paciente debe ser considerado persona humana en base a su dignidad y libertad y no un "cliente" usuario de los servicios de salud.

El consentimiento informado se ha constituido, de esta forma, como un nuevo ideal de la autonomía, racionalidad y libertad.

Entendimos que la información que se brinda al paciente debe ser clara, precisa, adecuada y adaptada al nivel cultural de este, pues solo con esas herramientas podrá comprender los alcances, los riesgos, las molestias, los efectos secundarios, las alternativas, y demás, que implica someterse a un procedimiento médico.

La relación médico-paciente se debe conformar bajo el diálogo y la confianza al galeno, solo así se podrá llegar a una decisión correcta y al entendimiento de la explicación que brinda el médico.

Una atención especial se pondrá en los niños, niñas y adolescentes que siempre tienen el derecho a ser oídos.

La suscripción de un mero formulario no implica desempeñar el derecho plasmado en la ley 26.529 (art. 5º) y su respectiva modificación (ley 26.742 y decreto 1089/2012) de ejercer el derecho a otorgar y firmar el consentimiento informado.

Largo es el recorrido para la efectivización de los derechos pero no imposible, en cuanto cada paciente pueda conocer a través de la información y la comunicación cuáles son sus derechos y como podrá ejercitarlos en la medida de profesar su plan de vida.

La regulación de las directivas médicas anticipadas en el ordenamiento jurídico argentino

por ROMINA D. REYES⁽¹⁾

I | Introducción

En la actualidad, las **directivas médicas anticipadas** se encuentran contempladas en la mayoría de las legislaciones modernas del mundo. En consecuencia han sido consagradas en nuestro ordenamiento jurídico interno, pero sus orígenes tienen antigua data. Como antecedente, los denominados “*living will*” tuvieron su origen y desarrollo a partir de los 60 en Estados Unidos.

La elaboración del primer documento a través del cual una persona podía manifestar su voluntad en sentido negativo en relación a la aplicación de determinado tratamiento —solo— en caso de enfermedad terminal data de 1967. Esta labor fue desarrollada por el abogado Luis Kutner de la ciudad norteamericana de Chicago. Más adelante, ya hacia 1976, la *Natural Death Act*, de la Ciudad de California, comienza a desarrollar una tarea para regular y legalizar las manifestaciones de voluntad sobre el final de la vida,

(1) Abogada, UBA. Diplomada en Derecho de la Salud por la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Docente de Elementos de Derecho Civil Parte General, UBA. Docente Adjunta de Derecho de la Salud en la Universidad Abierta Interamericana. Abogada en la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes de la Comuna I, dependiente del Consejo de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente del Gobierno de la Ciudad.

siendo pionera en otorgar un marco legal a estas declaraciones de voluntad. En 1991 *Patient Self-Determination Act* otorga autorización para que cada uno de los pacientes exprese su voluntad respecto de la atención médica que desea —o no— recibir, voluntad que deberá tenerse en cuenta frente a la eventual circunstancia que no le permita expresarse en forma autónoma.

2 | Consideraciones preliminares

Antes de iniciar el análisis en profundidad del instituto de las directivas médicas anticipadas consideramos pertinente esbozar una definición, a los fines académicos, que ya hemos mencionado en publicaciones anteriores:

... son declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante las cuales manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad.⁽²⁾

A través de estas directivas cada persona puede manifestar expresamente conductas autorreferentes —dejando explícitas indicaciones respecto de su salud, aceptando o rechazando terapias o tratamientos— que deberán respetarse en protección de sus propios derechos. El derecho a la autodeterminación y a la autonomía de la voluntad se expresa y ejerce, entre otros actos, a través de la emisión de una directiva médica anticipada. En ella cada sujeto encuentra la posibilidad de manifestar anticipadamente conductas auto-determinantes acordes con los más íntimos deseos, valores y sentimientos. Por ello sostenemos que la consagración legal del derecho a redactar y suscribir una directiva médica anticipada implica un significativo avance para toda la sociedad, en el camino hacia el respeto y la valoración del derecho a la autonomía de la voluntad, a la autodeterminación y los derechos personalísimos.

(2) AIZENBERG, MARISA, y REYES, ROMINA D., "El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529", [en línea] http://www.derecho.uba.ar/extension/dma_msa_rdr.pdf, consultado el 31/07/2014.

3 | La consagración de las directivas médicas anticipadas en el derecho comparado

Los cuerpos normativos que ya han incorporado a su legislación este instituto son numerosos. Pero el nivel de desarrollo alcanzado por las directivas médicas anticipadas en cada uno de ellos, no ha sido homogéneo. Así, mientras Estados Unidos y España han desarrollado regulaciones legales fundamentalmente a nivel regional, en la mayoría de los países de América Latina el proceso de consagración normativa aún se encuentra en desarrollo.

En América del Sur tiene particular trascendencia el aporte que ha hecho la República de Uruguay con la sanción de la Ley de Voluntad Anticipada. En dicha norma se limita la emisión de las directivas anticipadas solo cuando el paciente se encuentre frente a un cuadro irreversible, crónico y terminal. De este modo se establece la funcionalidad de las directivas anticipadas exclusivamente en situaciones de enfermedades terminales, incurables o irreversibles. Así se hace a un lado la opción de manifestar indicaciones respecto de un tratamiento en circunstancias en las que no se configura un cuadro de características tales. Consideramos que esto restringe, en diversos pacientes, el derecho a emitir directivas médicas.

Otra característica de dicha norma que merece ser señalada consiste en la amplia libertad de revocación, permitiendo que esta se exprese sin ningún tipo de formalidad prescripta, lo cual puede considerarse uno de los puntos de mayor fortaleza de esta ley. El documento en donde se establece la directiva anticipada debe ser glosado a la historia clínica del paciente que la emite, pero no se determina un procedimiento concreto para garantizar de forma fehaciente que llegue al legajo médico. Esto implicaría en la práctica, y frente a la inexistencia de una historia clínica unificada, que cada persona deba presentar una copia de su directiva en cada uno de los establecimientos donde sea tratado.

Queda expresamente establecida la obligación de los establecimientos asistenciales, sean públicos o privados, de procurar el respeto y el cumplimiento de las voluntades anticipadas. Asimismo se regula un procedi-

miento específico para suspender tratamientos en casos en donde el paciente se encuentre impedido de comunicar su voluntad, producto de una enfermedad terminal e irreversible, haciendo valer su derecho a no sufrir un “ensañamiento terapéutico” —en palabras de sus redactores— y de morir dignamente.

En Perú la ley de salud 26.842 de 1997 consagró el derecho de los pacientes a rechazar un tratamiento médico o quirúrgico, exigiendo el respectivo consentimiento informado.

Como mencionamos en un comienzo, Estados Unidos dictó, a lo largo de los últimos años y en sus diferentes Estados, regulaciones específicas sobre las denominadas “*Advance Directives*”. Así, en Alabama, la *Alabama’s Natural Death Act* de 1997 otorgaba a toda persona adulta y capaz la posibilidad de suscribir una directiva anticipada. Ella comprende dos supuestos: uno denominado “*living will*” y otro, “*durable power of attorney for health care*”. El primero es un instrumento en el que se establecen indicaciones sobre la aceptación o rechazo de tratamientos médicos a fin de que sean considerados en el supuesto que llegara a padecer una enfermedad terminal y se encontrara imposibilitado de expresar su voluntad. El segundo, “*durable power of attorney for health care*”, posibilitaba al declarante designar a una persona para que tome las decisiones pertinentes en relación a su salud.

El 4 de abril de 1997, mediante el Convenio de Oviedo, el Consejo de Europa aprobó, en el ámbito de la Comunidad Europea, el primer instrumento jurídico con alcance internacional y con carácter vinculante para los países que lo suscriben en la materia. Dicho instrumento refuerza y otorga un trato especial al derecho a la autonomía del paciente y contiene disposiciones sobre las instrucciones previas y los deseos del paciente expresados con anticipación. En su art. 9º se estableció que:

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

En España, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en diciembre de 2000 se dictó la ley 21 sobre los derechos de información concernientes a

la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica. Con ella el denominado "testamento vital" adquirió reconocimiento legal en la región. En otras Comunidades Autónomas como Galicia, Aragón y Madrid se han aprobado leyes similares.

Andalucía por su parte aprobó en 2003 la ley 5 sobre declaración de voluntad anticipada estableciendo, en el art. 2º, que:

... se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.

A nivel federal el 14 de noviembre del 2002 se sancionó en España la denominada "ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica". Ella incorpora el expreso reconocimiento del testamento vital. Como la mayoría de los instrumentos normativos que regulan el instituto establece que las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito y podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando expresa constancia.

4 | El fundamento jurídico en el ordenamiento legal argentino de las directivas médicas anticipadas

Las directivas anticipadas encuentran base legal en el respeto de los derechos personalísimos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal. Todos ellos, garantizados en nuestra Carta Magna, tal como surge de su art. 19 y —en términos más amplios— en los principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del art. 75, inc. 22 y que otorga *status supra* legal a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, donde se consagra el Derecho de la Salud. Resulta menester recordar la expresa consagración de la protección del derecho a la intimidad prevista en el art. 1071 bis CC.

Siguiendo el lineamiento normativo en nuestra legislación interna encontramos la obligación, que recae sobre los profesionales de la salud, de respetar la negativa del paciente a tratarse, tal como lo establece el art. 19, inc. 3 de la ley 17.132 regulatoria del ejercicio de la Medicina.

Finalmente debemos mencionar la ley 26.529, sancionada por el Congreso de la Nación el 21 de octubre de 2009, denominada "Derechos del Paciente, Historia Clínica y Consentimiento Informado". Ella, con alcance a nivel nacional, ha venido a consagrar expresamente el respeto por el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente (art. 1º, inc. e) y el emitir directivas médicas anticipadas en relación a su salud, tal como lo establece su art. 11. Dicha norma legal, luego modificada por la ley 26.742 y sancionada el 9 de mayo de 2012, otorga la facultad de emitir una directiva médica anticipada y establece la forma que deberá cumplirse para su validez y demás requisitos de forma y de fondo.

5 | Consideraciones específicas en relación a la ley 26.529

A partir de 2009 en nuestro ordenamiento legal interno se ha incorporado, mediante la sanción de la ley 26.529, una norma que, con alcance nacional, regula los derechos del paciente. La expresa inclusión en su texto de las directivas médicas anticipadas, y habiendo establecido consecuentemente el derecho de todo paciente a su emisión, es uno de sus aspectos más valiosos. Antes de la sanción de esta ley argentina contaba con instrumentos aislados que regulaban solo a nivel local las manifestaciones de voluntad anticipada: la ley 4263 de la provincia de Río Negro y la ley 2611 de la provincia del Neuquén.

El art. 11 de la ley 26.529, establece que:

Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Tal como surge del texto transcripto, el médico tiene el correlativo deber de respetar dichas directivas, contemplando como límite y excepción las que impliquen prácticas eutanásicas.

La modificación efectuada por la ley 26.742 introduce como último párrafo del art. 11 que “la declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

En una primera instancia la original ley 26.529 no establecía ninguna formalidad para la emisión de una directiva médica anticipada, ni tampoco se refería a su revocabilidad. Era necesario realizar una mención en cuanto a la posibilidad de revocar dicha directiva en cualquier instancia posterior, así como también contemplar la modificación y/o sustitución de la declaración de conducta autorreferente en cualquier momento, a fin de preservar el respeto por el principio de autonomía personal. Asimismo, la declaración debe ser válida hasta tanto el paciente no la revoque expresamente o por cualquier modo fehaciente, sea su forma oral, escrita o por signos inequívocos de su voluntad.

En relación a las formalidades prescriptas, con la introducción que realiza la ley 26.742 consideramos que, si bien se trata de un acto fundamental que debe realizarse por escrito —tomando en cuenta su finalidad y naturaleza—, existen circunstancias en las que se tornaría dificultoso para el paciente presentarse ante el juzgado de primera instancia —por ejemplo, por encontrarse el paciente internado— y podría resultar demasiado oneroso para él y su familia obtener la presencia de un escribano público en el nosocomio. En estos casos consideramos que debería existir la posibilidad de garantizar el acceso gratuito por parte del paciente a la emisión de la directiva anticipada.

Es de vital importancia establecer claramente conceptos específicos a fin de evitar incurrir en errores que propicien la confusión de actos eutanásicos con el respeto a las directivas médicas anticipadas.

En este sentido, la libre voluntad del paciente, plasmada a través de expresas indicaciones en relación a la aceptación o rechazo de un tratamiento médico, debe prevalecer; aun cuando medien riesgos que sean conocidos y

aceptados por él. Este acto no constituye una práctica eutanásica, es simplemente evitar avasallar las creencias, convicciones, valores, principios y deseos íntimos de un ser humano, permitiéndole vivir con dignidad. En este punto debe prestarse la mayor consideración posible a fin de impedir que se transforme en regla la excepción, contenida en la última parte del art. 11 de la ley, y que solo y específicamente establece el límite al ejercicio del derecho a la autodeterminación del paciente cuando se constate que se trata de prácticas eutanásicas. El supuesto contemplado por la ley solo se refiere al caso en el que mediante una directiva médica anticipada se intente disimular una práctica eutanásica, supuesto en el cual corresponde simple y claramente correr el velo de la apariencia para atacar esa práctica eutanásica encubierta, y sancionarla tornándola un acto inexistente, la sanción es la nulidad.

En este aspecto, la reglamentación de la ley dispuesta mediante el decreto 1089/2012 no ha realizado ningún aporte a los fines de aclarar el concepto de práctica eutanásica. Ello deja abierta la posibilidad de que una interpretación no restrictiva del concepto frustré la finalidad y el funcionamiento correcto de este instituto. Esto podría ocurrir si el concepto de práctica eutanásica se deja librado a la interpretación o criterio personal de cada médico, paciente o familiar, lo cual aumentaría los ya elevados índices de litigiosidad existentes en materia sanitaria y provocaría que recaiga sobre la judicatura la determinación de qué debe considerarse una práctica eutanásica en cuestiones estrechamente vinculadas con la esfera íntima de las personas.

Una mención especial merece el art. 11 bis, incorporado por la ley 26.742 al texto de la ley 26.529; mediante él se dispone que "ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal, ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma". Es, a nuestro entender, una incorporación innecesaria dentro de la normativa jurídica, puesto que resulta redundante señalar que los profesionales que actúan en concordancia con lo normado por la ley no incurrirán en responsabilidad civil, penal ni administrativa. Pero asimismo, entendemos que dicho artículo actúa como una suerte de garantía que contribuye a dar seguridad y tranquilidad al profesional de la salud que muchas veces se encuentra invadido por el temor legal.

Sin perjuicio de ello, la expresa consagración de las directivas médicas anticipadas mediante la sanción de la ley 26.529 resulta un paso impor-

tante ya que, si bien jurisprudencialmente se había alcanzado un grado de desarrollo en el mismo sentido, se carecía de una herramienta legal concreta que justifique y apoye normativamente las decisiones judiciales, constituyendo en consecuencia, un valioso aporte en la materia.

6 | Algunas consideraciones sobre la reglamentación de la ley 26.529, mediante el decreto 1089/2012

El 5 de julio de 2012 se aprueba la reglamentación de la ley 26.529 que, hasta ese momento, se encontraba pendiente —pese a que el tiempo estipulado para su reglamentación se encontraba ampliamente cumplido—. Mediante el decreto 1089/2012 se lleva a cabo la importante tarea de reglamentar la norma jurídica bajo análisis.

Entre los puntos más relevantes que introduce la reglamentación en relación a las directivas médicas anticipadas, podríamos señalar los siguientes, a saber:

1. **Agregación a la historia clínica:** la declaración de voluntad, llevada a cabo por escrito y con las formalidades que había incorporado la ley 26.472 —es decir realizada ante escribano público o en el juez de primera instancia competente y ante la presencia de dos testigos—, deberá ser agregada a la historia clínica del paciente. Dado que aún no se encuentra unificada la historia clínica, deberíamos pensar que entonces cada paciente deberá presentar una directiva médica anticipada en cada centro de salud en donde se atiende. Es necesario subrayar que, en caso de haberse designado apoderado o representante, este debería poseer una copia del documento. Asimismo resulta recomendable que tanto los familiares, como amigos, allegados y personal del equipo médico tratante estén al tanto de la existencia de esta declaración de voluntad, debiendo propenderse al desarrollo de una metodología de difusión de este derecho de los pacientes en los centros de salud.
2. **Posibilidad de designar interlocutor:** la reglamentación agrega que “el paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones.” No se establece la forma pero podría sostenerse que la norma se refiere al supuesto en el cual el propio paciente en el mismo cuerpo de la directiva anticipada pueda determinar a una persona que procure el cumplimiento de las indicaciones expresadas en dicho documento.

3. **Procedimiento frente a la sospecha de práctica eutanásica:** los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de Ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas. La norma establece como principio general la obligatoriedad por parte de los profesionales de la salud de respetar la voluntad del paciente, pero sin perjuicio de ello, para el caso de que exista por parte del profesional la sospecha de que dicha práctica podría constituirse como eutanásica, señala qué pasos a seguir.
4. **Obligación de los establecimientos asistenciales:** todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las directivas anticipadas. Es obligación de cada institución contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.
5. **Enquadramiento de una directiva médica anticipada en el supuesto del art. 2, inc. e:** cuando el paciente rechace, mediante directivas anticipadas, determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud y se encuentre en los supuestos previstos por el art. 2, inc. e, 3er. párr. de la ley 26.529, modificada por la ley 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes para evitar el sufrimiento. La reglamentación se refiere a casos en que el paciente presente una enfermedad irreversible, incurable, se encuentre en estado terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, supuesto en el cual se respetará la voluntad del paciente sin perjuicio de lo cual se mantendrán los cuidados paliativos que tengan por finalidad evitar el dolor y el sufrimiento.
6. **Definición de cuidados paliativos:** la reglamentación esboza la siguiente definición, “se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento”.
7. **Menores e incapaces y supuestos no coincidentes:** no se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas.
8. **Revocación:** el paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las leyes que se reglamentan por el presente decreto. Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal con la presencia de al menos dos (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la

firma del profesional tratante. Consideramos que es correcta la flexibilidad que se presenta en cuanto al cumplimiento de la formalidad en caso de revocación, de urgencia o internación.

9. **Obligación del paciente en cuanto al cumplimiento de los recaudos:** el paciente debe arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo, si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento y ellas deben documentar con su firma que consienten representarlo.
10. **Formalidades:** las directivas anticipadas emitidas con intervención de un (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de dos (2) testigos o, en su caso, de la o las personas que este autorice a representarlo en el futuro y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y, en su caso, de las personas que aceptan representarlo. Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las directivas anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitir las y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante debe manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.
11. **Eximición de responsabilidad civil, penal y administrativa:** en concordancia con lo dispuesto con el incorporado art. 11 bis se establece que “en ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las directivas anticipadas emitidas con los alcances de la ley 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento”.
12. **Posibilidad de creación de registro de directivas médicas anticipadas:** los escribanos, a través de sus entidades representativas, y las autoridades judiciales, mediante las instancias competentes, podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente.

Si bien la legislación reglamentaria no lo prevé consideramos que, a fin de garantizar la accesibilidad, resultaría de utilidad la incorporación en el DNI de una aclaración acerca de la existencia de la expresión de una conducta autorreferente emitida por su titular —similar a las que existen actualmente en nuestro país respecto de la donación de órganos—, a fin de permitir al personal de cualquier centro de salud conocer y verificar, a través de medios dispuestos al efecto, cuál es su contenido. Otra opción estaría dada por la elaboración de un documento al efecto que cada persona interesada en

realizar una declaración de este tenor debería portar en todo momento, como lo hacen las personas pertenecientes al culto de los testigos de Jehová para hacer conocer su deseo de rechazo de las transfusiones sanguíneas.

7 | Jurisprudencia argentina en materia de directiva médica anticipada

En cuanto a la recepción jurisprudencial de las directivas médicas anticipadas, mencionaremos algunas sentencias relevantes en el tema. Así, en el "Caso M",⁽³⁾ la señora M fue diagnosticada con una enfermedad degenerativa de las neuronas motoras del sistema nervioso central que derivó en variadas afecciones sobre su cuerpo. A raíz de las complicaciones sufridas, la señora M, en pleno uso de sus facultades mentales manifestó expresamente su voluntad inequívoca en el sentido de "no someterse a ninguna práctica que prolongue su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos y a permanencia". Esto quedó plasmado mediante un instrumento público ante escribano. Con posterioridad, su esposo promovió una acción judicial de amparo a fin de hacer valer la voluntad declarada anticipadamente por su esposa, acompañando en autos constancia notarial, de donde surge que ella también decidió designarlo como mandatario a fines de que —en su representación— arbitre todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a su voluntad. El fallo resultó favorable a M, con fundamento en el derecho a la autodeterminación de las personas y las conductas autorreferentes que hacen a su dignidad y al respeto a sus libertades fundamentales. En este sentido, el Tribunal interviniente estableció que:

... deberán ser respetadas a futuro las directivas anticipadas o "acto de autoprotección" instrumentadas mediante actuación notarial (...) expresamente ratificadas a través de diversas actuaciones judiciales cumplidas en estos autos, y en cuanto la Sra. M manifiesta su oposición a intervenciones invasivas que impliquen "medios artificiales a permanencia", con especial referencia a un respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo (traqueotomía y gastrostomía), en el contexto de la evolución irreversible de la enfermedad que padece...⁽⁴⁾

(3) JCRIM. Y CORR. DE TRANSICIÓN N°1, Mar del Plata, Bs. As., "Caso M", 27/05/2005.

(4) JCRIM. Y CORR. DE TRANSICIÓN N°1, Mar del Plata, fallo cit.

En este fallo también se dejó establecido, con un criterio que valoramos y compartimos, que sin perjuicio de la negativa expresada por la Sra. M en relación a la implementación de “medios artificiales a permanencia”, el equipo médico tratante deberá brindar “absolutamente todos los cuidados paliativos no invasivos, con miras a evitarle padecimientos y eventualmente acompañarla en un proceso de muerte digna, en la medida que no implique prácticas eutanásicas activas, todo ello en el contexto del máximo respeto a la dignidad de la persona humana afectada de una enfermedad irreversible”.⁽⁵⁾

Otro decisorio judicial relevante en la materia fue “S. M. E. y otros”.⁽⁶⁾ En este caso los padres de un menor que padecía una grave encefalopatía progresiva en estado terminal y, como consecuencia, se encontraba internado en un hogar, solicitan ante la Justicia que ordene a dicho establecimiento que si el menor llegara a padecer un paro cardiorrespiratorio con motivo de su enfermedad neurológica, se procedan a realizar maniobras de resucitación básicas no cruentas, como masaje cardíaco y colocación de máscara de oxígeno, pero que no se intenten maniobras de resucitación cruentas (electroshock, traqueotomía, intubación con ventilación endotraqueal, inyección intracardíaca). Así, habiéndose hecho previa consulta al Comité de Bioética de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Rosario, se hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, se ordenó que, en caso de que el menor sufra un paro cardiorrespiratorio con motivo de su enfermedad neurológica, se proceda a informar a su familia y solo se practiquen maniobras de resucitación básicas, no cruentas.

Similar es el caso de un testigo de Jehová⁽⁷⁾ donde la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar al pedido de resarcimiento por daño moral, de la señora C. L. G. que, en febrero de 1994, al enterarse que debía ser operada manifestó su expresa negativa a transfundirse sangre en razón de ser testigo de Jehová, dejándose constancia de ello en su historia clínica. Ella fue sometida a dos operaciones y, a los dos meses de su externación, toma conocimiento, frente a una evidente desmejora en

(5) *Ibid.*

(6) J.Civ. y Com. 9º Nom., Rosario, “S. M. E. y otros”, 15/08/2008.

(7) CNAC. AP. CIV., Sala I, “G., C. L. c/ Mediconex SA y otros”, 31/05/2007.

su estado de salud, que los médicos tratantes la habían transfundido en oportunidad de su internación. De la lectura de la historia clínica surge que la paciente fue informada acerca de los riesgos potenciales de no ser sometida al procedimiento transfusional, previamente rechazado por causas religiosas o en la prerrogativa según la cual es posible disponer del propio cuerpo, de la propia vida, y de cuanto le es propio, y "... esa negativa anticipada (...) resulta (...) obligatoria para sus familiares y médicos y merece respeto y acatamiento". En el caso ha existido una violación a los términos de esa negativa del paciente, lo que determinó la existencia de un cumplimiento contractual, y en consecuencia, la obligación de resarcir el daño moral sufrido por la paciente.

8 | Conclusiones finales

Tomando en consideración el estado actual de la cuestión tanto en el orden nacional como internacional, podemos concluir que la sanción de la ley 26.529 sobre derechos del paciente —modificada por la ley 26.742 y reglamentada mediante decreto 1089/2012, que establece expresamente en su articulado la facultad de otorgar directivas médicas anticipadas con alcance nacional y de orden público— ha sido un importante paso en el camino hacia la efectiva consagración de los derechos personalísimos en el marco del derecho de la salud.

En este sentido debe tenerse especialmente en cuenta que, si bien los avances científico-tecnológicos y farmacológicos han llevado a prolongar la vida y a vencer enfermedades que hasta hace algunos años carecían de tratamiento, en algunas circunstancias estos procedimientos son aplicados de manera inapropiada o desproporcionada porque persiguen como único objeto retrasar la muerte. Debemos comprender que muchas veces retrasar la muerte de modo indefinido distorsiona el objetivo mismo de la ciencia médica, que no es primariamente prolongar la vida "a perpetuidad" sino promover la salud y la calidad de vida.

Entonces, la voluntad del paciente debe tomarse en cuenta y considerarse como el elemento determinante de la decisión a tomar ya que él es el dueño único e irremplazable en esa situación, aun cuando medie amenaza de vida, en función de su derecho personalísimo a disponer sobre su propio cuerpo conforme sus creencias y valores, los cuales deben ser respetados.

Entendemos que las directivas médicas anticipadas no constituyen una imposición de decisiones sino, por el contrario, brindan el marco legal adecuado para que todas las personas —dueñas de sus vidas y sus muertes— puedan atravesar un proceso médico, de conformidad con sus propios valores, siendo escuchados y respetados, aun cuando no se encuentren, en ese momento, en condiciones de expresarlas en forma personal.

Por último, consideramos que no es posible confundir una práctica eutánica con el respeto de una directiva médica anticipada. Solo el respeto por la voluntad del paciente, en su dignidad e integridad espiritual, garantizan el derecho a una vida digna acorde a sus propios deseos y convicciones, que no deben ser juzgados por ninguno de nosotros, de acuerdo al primordial principio jurídico establecido en el art. 19 CN que expresamente reza que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Los derechos de usuarios y consumidores y el derecho a la salud

por **CARLOS EDUARDO TAMBUSI**⁽¹⁾

I | Introducción

Los derechos de los llamados usuarios y consumidores en la relación de consumo, y el derecho de acceso al consumo mismo, forman parte de ese logro de la civilización que consiste en el amplio espectro que conforman los llamados **derechos humanos** gracias a su desarrollo original en el derecho internacional público, su impregnación en las normas internas de los estados y la progresividad en los niveles de protección de los mismos.

Es que la relación de consumo, entendida como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, se encuentran transversalmente involucrados bienes jurídicos o valores que su normativa tutela, y que contemplan el derecho a la vida y a la dignidad y el derecho a la salud y la seguridad, entre otros.⁽²⁾ Todos esos valores están presen-

(1) Abogado, UBA. Secretario Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 18, Secretaría 35, CABA. Adjunto Interino Derechos Humanos y Garantías UBA. Adjunto II Derechos del Consumidor (Universidad de Belgrano). Miembro del Instituto de Derecho de Usuarios y Consumidores, CPACF. Presidente de la Comisión de Derecho del Consumidor de la Asociación de Abogados de Buenos Aires. Autor del libro "El consumo como derecho humano" y artículos de la especialidad.

(2) "La noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe

tes en el fenómeno del consumo y su derecho regulador, nacido para encauzar la relación de consumo en el respeto a los imperativos que emanan de la dignidad humana. La relación de consumo se configura al contratarse servicios de salud, que serán alcanzados en su desenvolvimiento conforme los principios protectorios del régimen tuitivo consumidor.

El derecho del consumo comprende un aspecto fundamental de nuestras vidas. Al consumir, (en cualquiera de sus niveles) procuramos satisfacer al menos, e insoslayablemente, nuestras necesidades elementales y alcanzar una adecuada calidad de vida. Ello nos lleva a procurar en el ámbito llamado **mercado** (como espacio de intercambio), los bienes y servicios que necesitamos. Somos, como consumidores, destinatarios finales de todos los bienes y del producto de la actividad comercial.⁽³⁾

Esa ineludible y constante excursión al mercado hace del derecho de consumidores y usuarios el más cotidiano de los derechos y conforma una disciplina jurídica cuyo objeto de estudio se verifica diariamente con el desenvolvimiento de nuestras actividades.

A esa tarea acudimos —a veces sin darnos cuenta— en particulares condiciones: consumimos movidos por la necesidad (no hay otra alternativa que consumir, al menos en las llamadas necesidades básicas). En apretada síntesis, en consumir se nos va la vida —nos procuramos los alimentos imprescindibles para nuestra subsistencia—, ponemos en juego la salud y la integridad física —utilizamos bienes y servicios que, creemos, no nos resultarán perjudiciales— y en función de la modalidad y alcances del consumo se determina nuestra calidad de vida y dignidad.

.....
ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial" (NIKKEN, PEDRO, "Manual de Derechos Humanos, Selección de Materiales" en *Centro de Estudios de Derechos Humanos*, Universidad Central de Venezuela, 2008.

(3) "Entiéndase que, sin los consumidores, la producción de los empresarios cae al vacío, y más aún, sus expectativas de lucro, por ende, es necesario mantener firme la estructura del mercado de la manera más equitativa posible, pero no hacer que el consumidor sufra la condición de único sostén. Esta debe ser la meta a tener en cuenta por las aplicaciones que se realizan en el marco de lo que las políticas económicas nacionales denominan dirigismo contractual" (DAVID, MARCELO ALEJANDRO, "Defensa de los Consumidores y Usuarios en el Derecho Nacional" (Primera Parte), en *Origen, y evolución social y legal del Derecho de los Consumidores y Usuarios*, Suplemento de Derecho del Consumidor de El Dial, 03/03/2006).

Nuestra situación se agrava aún más si caemos en la cuenta de que realizamos como consumidores un acto de confianza máxima al adquirir bienes o contratar y utilizar servicios:⁽⁴⁾ ignoramos calidades, formas de producción, composición de materiales; modos de uso, cuidados, efectos, vidas útiles, cómo manipular, cómo mantener.⁽⁵⁾ En suma: nada sabemos respecto de la aptitud del producto o servicio o de su carácter presuntamente inocuo para nuestra salud o seguridad. Frente a nosotros tenemos a un experto profesional en la materia: el proveedor.

Esta situación de campo caracteriza a la posición del consumidor frente a la relación de consumo como la de la parte más vulnerable de la misma (situación de débil jurídico). A tal desigualdad natural se propicia corregirla mediante desigualdades jurídicas, inclinando el derecho para el lado contrario al de la realidad, lo cual converge en la formulación del derecho de consumo como derecho tuitivo o protectorio.

Y esa es la finalidad de nuestra ley, desde su propia denominación, “Ley de Defensa del Consumidor” —en adelante LDC—, sobre la que nuestro Máximo Tribunal ha dicho que

Según se desprende de los antecedentes parlamentarios, [la ley 24.240] tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana.⁽⁶⁾

(4) “... el ciudadano común que accede a un vagón de subterráneos tiene una confianza fundada en que el organizador se ha ocupado razonablemente de su seguridad. Ello es así porque la prestación de servicios masivos presenta un grado de complejidad y anonimato que resultan abrumadores para quienes los reciben” (del voto mayoritario en CSJN, “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías SA”, 22/04/2008, Fallos: 331:819.

(5) “... el consumidor es una persona que se encuentra obligada a entablar una relación de consumo para poder satisfacer sus necesidades primarias y secundarias, y normalmente desconoce los derechos y deberes que le competen, las prácticas y técnicas del comercio, así como también las cualidades y costos de fabricación de los productos o servicios” (MARONNA, NADIA Y., “Prescripción en La Ley de Defensa del Consumidor” en *Abeledo-Perrot* N°: 0003/70062900-1).

(6) CSJN, “Flores Automotores SA s/ Recurso Ley 2268/1998”, 11/12/2001, La Ley Online. Decisorio del Alto Tribunal citado en el precedente de la CAPEL. CONT. ADM. y TRIBUT., CABA,

Tal es la situación del consumidor, individual y grupal.⁽⁷⁾ No debe confundirse la noción de débil jurídico con la de un interdicto o sujeto que necesita solo protección o asistencialismo, ni con la de “ciudadano” como la categoría de mero centro de imputación de normas, titular de derechos abstractos que se concretan en contadas ocasiones. Hoy la concepción de “consumidor” es más englobante que la de “trabajador” o de “ciudadano”. La propuesta —o lo que quizás sea lo mismo, el desafío— es una noción de consumidor que se proyecte hacia el futuro con una matriz superadora, que se construye sobre la base de una normativa que apunte a un consumidor protegido, pero además informado, activo, participante de los procesos e instituciones de decisión acerca de su problemática y, fundamentalmente, dotado de acceso irrestricto a la justicia.

2 | Un aspecto previo: el acceso al consumo y la salud

Como aspecto previo a entablar la relación de consumo (previo a su concreción), este derecho está comprendido dentro de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (1985 y modificaciones), y presente en forma implícita en distintos artículos de la ley 24.240, que no refiere este aspecto con la misma denominación, sino que hay que indagarlo en su espíritu. Constitucionalmente, interpretamos, se encuentra consagrado al establecerse el derecho al **trato equitativo y digno** (párrafo primero del art. 42), aspecto que se extiende a los supuestos en que la relación de consumo ya se encuentra entablada.⁽⁸⁾

.....

Sala I, “Públicom SA c/ GCBA s/ Otras”, 12/05/2005, causa N° RDC 587-0, con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones, del voto del Dr. Carlos F. Balbín con adhesión del Dr. Esteban Centanaro y el Dr. Horacio G. Corti.

(7) Los consumidores y usuarios no representan un grupo determinado como los trabajadores, sino más bien se presentan como una masa heterogénea y diseminada, con múltiples problemáticas y muchas veces pocas conexiones.

(8) En la Convención Constituyente de 1994 existió alguna preocupación de ciertos bloques políticos por la inclusión expresa del acceso al consumo en el art. 42 que no tuvieron éxito. Véase: Convención Nacional Constituyente, 31ª Reunión, 3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 16/08/1994, donde el Convencional Irigoyen señaló en parte pertinente: “Junto a estos derechos sustanciales que acabamos de mencionar están los llamados derechos primarios, que prácticamente son anteriores al propio derecho del consumidor. Uno de ellos es el implícito derecho de libre acceso al consumo para toda la población y otro es la educación del consumidor. Nuestro bloque propuso en la comisión que se insertara el ‘libre acceso al consumo’, pero no hemos con-

En el MERCOSUR los derechos del consumidor y el usuario resultan de la resolución 124/1996 del Grupo Mercado Común del 13/12/1996 sobre Derechos Básicos del Consumidor y de la Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur de Florianópolis, del 15/12/2000. **Ambos textos reconocen los derechos a la vida, la salud y la seguridad;** a la libertad de acceso al consumo; a la información suficiente y veraz; a la protección contra la publicidad no permitida; a la adecuada prestación de servicios públicos y privados; a la educación para el consumo; a la asociación en organizaciones que tengan por objeto la defensa del consumidor; al acceso a la justicia “mediante procedimientos ágiles y eficaces”; a la prevención y al resarcimiento de daños.⁽⁹⁾

Acceso al consumo significa que la posibilidad de **llegar** a consumir debe extenderse a todos los sectores de la población. En esta etapa no se analiza la capacidad económica para hacerlo (las posibilidades materiales de consumir son estudiadas por la economía, en primer término, y luego determinadas por la política), sino que vista desde su faceta de derecho humano involucra los siguientes aspectos.

El trato equitativo y digno es consagrado por la normativa constitucional, sin distinciones y sin discriminación alguna. Dignidad significa trato justo en la relación de consumo, con respeto a la vida, salud, e integridad física de las personas.⁽¹⁰⁾

.....

seguido que esta forma explícita de establecerlo se consagre. Lo hemos consensuado porque estamos absolutamente convencidos de que el libre acceso al consumo por parte de todos los habitantes figura tácitamente en el texto constitucional y deseamos que sea reconocido específicamente como opinión del legislador en esta materia fundado en muchas razones: porque es un recaudo necesario y previo al derecho del consumidor, porque es un derecho fundante —si no hay acceso al libre consumo no habrá derechos del consumidor—, porque ya John Kennedy declaró que todos éramos consumidores; porque está receptado en las directrices de Naciones Unidas para todos los países del mundo; porque en el Preámbulo de nuestra Constitución se establece que el Gobierno debe propender al bienestar general de toda la población; porque en el despacho vinculado al recurso de amparo que en esta asamblea se sustenta se garantizan los derechos del consumidor ‘contra cualquier forma de discriminación’ y porque antes de la opinión de John Kennedy hay una oración que es el Padrenuestro, que dice “el pan nuestro de cada día dánoslo hoy”, y en este momento en que hay tanta receptividad sobre insinuaciones religiosas en temas que no han sido habilitados por la ley de convocatoria, pienso que aquí sí corresponde declaremos que el libre acceso al consumo es para toda la población argentina”.

(9) ALTERINI, Atilio A., “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en *La Ley*, 09/04/2008, 1.

(10) MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, RICARDO, *Defensa del Consumidor, Ley 24.240*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, p. 11: “Todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho

Acceso al consumo se vincula indisolublemente con el principio de no discriminación, siendo este aspecto característico de la condición de derecho humano del derecho del consumidor, e importa existencia de infraestructura, medios e información para colocar al consumo al alcance y a la comprensión de todos los sectores de la población, e introduce la problemática de los sectores con necesidades especiales o características diferentes (ancianos, niños, discapacitados, personas de bajo nivel cultural, etc.) en derechos fundamentales como el que nos ocupa.

La serie de derechos que contiene el art. 42 presuponen la existencia del derecho de acceso al consumo, de modo que este resulta un derecho implícito en toda la formulación de dicha norma.

Al basarse el nuevo modelo de Estado diseñado por la Constitución en 1994 en el eje del desarrollo económico y social y en los principios del desarrollo sustentable, está determinando un **piso** por debajo del cual se entienden violados los derechos del art. 42. En esta inteligencia "si un habitante no tiene acceso al consumo en lo que hace a sus necesidades básicas, se está incumpliendo con uno de los requisitos del desarrollo sustentable: la sustentabilidad social".⁽¹¹⁾

Un principio de equidad generacional e internacional hace que tanto la pobreza (falta de acceso al consumo) como el consumismo (uso indiscriminado de los recursos) sean contrarios a la Constitución, por no compadecerse con el paradigma de desarrollo que esta consagra.

En esta línea de pensamiento, si bien la medida del acceso al consumo está marcada "por las particularidades de cada momento histórico (nivel de evolución del desarrollo, valoraciones sociales, etc.), tales circunstancias fácticas no obstan a la existencia del derecho de acceso al consumo como derecho subjetivo".⁽¹²⁾ En el caso de la salud, toman cotidianeidad cuestiones relativas al acceso y/o la permanencia en el servicio de salud, tales como la existencia de cláusulas abusivas en los contratos, aumentos

.....
a ser respetado como persona, a no ser perjudicado en su existencia y en un ámbito propio del mismo, y que cada individuo está obligado frente a cualquier otro de modo análogo".

(11) PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, "Derecho Social de Consumo", *La Ley*, 2004, p. 100.

(12) PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, *ibid.*, p. 101.

de cuota, aumentos de cuota por edad, discapacidad, enfermedades como la obesidad, bulimia, anorexia, celiaquía,⁽¹³⁾ etc., pese a las soluciones legales a las que se ha llegado en algunos aspectos, por ejemplo, con la Ley de Medicina Prepaga y el Plan Médico Obligatorio.

En suma, se trata del derecho de acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable que los poderes públicos tienen la obligación de hacer efectivo, y que es operativo y exigible judicialmente, dado que “la consecuente postura de la no judiciabilidad de las cuestiones relativas a la distribución de recursos estatales —presupuesto— pierde su justificación con el nuevo orden constitucional y el sistema de desarrollo en él previsto”.⁽¹⁴⁾ Es un deber del Estado promover la inclusión social, con especial preocupación por los sectores más vulnerables, al menos para el logro de condiciones mínimas que permitan el ejercicio de la autonomía individual, la toma de decisiones de vida.

La obligación de los Estados es, entonces, respetar, proteger, garantizar y cumplir. En el vasto espectro de la protección de la salud, las acciones estatales en salvaguarda de este derecho consisten en garantizar acceso a la salud, alimentación esencial mínima, acceso al agua potable, medicamentos, todos ellos aspectos directamente relacionados con el acceso al consumo y que deben ser analizados en el marco de la interdependencia que existe entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo económico, “pues tampoco se puede desconocer la existencia de condiciones objetivas que en sí mismas constituyen una violación de la dignidad humana, y que hacen indispensable realizar esfuerzos que permitan erradicar la pobreza extrema y eliminar la injusticia social”.⁽¹⁵⁾ Todo ello sin

(13) En relación a la enfermedad celíaca en la Argentina tenemos copioso derecho provincial, en muchos casos precedente a la ley nacional 26.588. La preocupación aparece en algunos casos a fines de la década de 1980 (Bs. As., Santa Fe, Chaco). En tanto, la ley nacional es recién de 2009. De todos modos, la preocupación del derecho provincial ha sido en principio burocrática, de creación de estructuras o formulación de programas. También hay normas en el ámbito municipal donde se aplica el poder de policía en el ámbito de la bromatología y de algunas cuestiones relativas a la organización del comercio o la industria más algunas normas imperativas como la exigencia de menús especiales en restaurantes. Pero el gran problema en la Argentina no es la falta de normas, sino la falta de control.

(14) PÉREZ BUSTAMANTE, LAURA, *op. cit.*, p. 101.

(15) FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª ed., Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 6.

dejar de tener en cuenta un dato de la realidad: si bien desde lo jurídico el Estado sigue siendo responsable internacionalmente de toda violación a los derechos humanos, muchas veces en la práctica se verifica que este se retira o sucumbe frente al poder real de las fuerzas del mercado y esa falencia puede corregirse en el derecho interno mediante la puesta en marcha de los mecanismos del sistema y cierto sano protagonismo judicial.

3 | El derecho a la salud en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional en la Argentina

Este derecho está reconocido en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. 11); Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10.3 y 12 entre otros); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6°); Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4° y 5°) y su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales (art. 10); Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 19); Convención sobre la Abolición de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11.2 y 12.2) y Convención Sobre Derechos del Niño (art. 24).

En estos instrumentos se resume el conjunto de obligaciones asumidas por el Estado, su alcance y aplicación, que son supervisadas por órganos internacionales que tienen a su cargo la interpretación y aplicación de esos derechos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Con base en el principio *pro homine*, las normas de los tratados —en conjunto con la legislación doméstica— se interpretan en el sentido de acudir a la norma más amplia cuando se trate de protección y a la norma más estricta cuando se trate de restricciones a los derechos. Las normas de los Tratados mencionados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución son directamente aplicables en el derecho interno.

4 | El derecho a la salud y el derecho de consumidores y usuarios en el derecho nacional

El derecho a la salud constituye un derecho fundamental expresamente reconocido por nuestra Constitución y de íntima vinculación con el derecho a la vida y a la integridad, entendida esta como la inescindible unidad de cuerpo, mente y espíritu de una persona, ya que de vulnerarse el derecho a la salud se afecta el derecho a la vida y/o a la integridad y viceversa. Para este aspecto, es fundamental tener en cuenta el concepto universal de salud de la Organización Mundial de la Salud⁽¹⁶⁾ que la define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. El derecho del consumidor recepta ese valor, presente en todas sus disposiciones relativas a la **relación de consumo**.

4.1 | Constitucional

El art. 42 CN establece expresamente que “todos los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud...”.

Cabe destacar un dato no menor: con la mención en el art. 42 relativo al derecho del consumo, se incorpora literalmente la palabra “salud” (o derecho a la salud) al texto constitucional, que hasta entonces se consideraba comprendida dentro de los derechos implícitos del art. 33, y

en segundo término, ese derecho si bien sigue siendo de goce individual, cuando se trate de vínculos de consumo toma tintes tales que se orienta hacia la denominada categoría de derechos colectivos. Este matiz se afirma cuando de modo integral interpretamos este art. 42 junto con el art. 41 que prevé el derecho a un ambiente sano y equilibrado, apto para el desarrollo humano, lo cual de modo indudable se enlaza estrechamente con el derecho a la salud.⁽¹⁷⁾

.....

(16) Organización creada Nueva York, en 1946, en el seno de la ONU.

(17) FIORILLI, OSVALDO J., “De consumidores y seres humanos”, en *LLBA*, noviembre, 2012. MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, RICARDO, *op. cit.*, p. 11.

Siendo la legislación española fuente de nuestra LDC, citamos autorizada doctrina de ese origen que señala que:

la salud y la seguridad son valores absolutos de modo que aunque no se hubiera dispuesto su protección en estas normas los consumidores y usuarios estarían protegidos en la misma medida por otras leyes dictadas sobre la materia; la protección de la salud y de la seguridad física se realiza básicamente mediante normas de carácter administrativo que establecen controles sobre la fabricación y la presentación de los productos en el mercado.⁽¹⁸⁾

A nivel de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha sido especialmente previsto en el art. 20 de la Constitución local, que debe interpretarse junto a la operatividad que surge de su art. 10. Así dispone en el mencionado art. 20:

Se garantiza el derecho a la salud integral (...) El gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Se asegura a través del área estatal de salud (...) protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas con criterio de celeridad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Se entiende por gratuidad en el área estatal que las personas quedan eximidas de cualquier forma de pago directo...

Por otro lado, el art. 21, inc. 7°, reza: "... [La Ciudad] Garantiza la prevención de la discapacidad y la atención integral de personas con necesidades especiales". Por último, el art. 10 dispone que: "... Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y esta no puede cercenarlos".

En cuanto se ocupa del tema consumidores y usuarios, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires recepta la interacción del régimen tuitivo consumidor con el derecho a la salud en su art. 46 (parte pertinente):

La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten.

(18) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, *Comentarios a la Ley General para Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Civitas, 1992, p. 144.

Protege **la salud**,⁽¹⁹⁾ la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas.

Debe dictar una ley que regule la propaganda que pueda inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación.

Ejerce poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Ciudad, en especial en seguridad alimentaria y de medicamentos.

4.2 | La ley 24.240

4.2.1. Consumidores

El art. 5° de la LDC expresa que “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Este artículo merece una interpretación amplia a todo el desarrollo de la contratación de consumo y a todo el desenvolvimiento de la prestación, teniendo en cuenta que el deber contractual del proveedor es siempre de resultado y tiene siempre el deber de no dañar, cuyo incumplimiento puede hacerse valer a través del sistema de responsabilidad objetiva previsto en la LDC.⁽²⁰⁾

Hay una íntima relación entre el derecho a la información al consumidor, constitucionalmente garantizado, y el derecho a la salud, tutelado en la relación de consumo.

El primero debe cumplirse tanto en forma previa a entablarse la relación de consumo como también de manera concomitante a esta y aun poste-

(19) El resaltado es nuestro.

(20) Ver CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Ciancio, José M. s/ Res. 184/1997 Enargas” en JA 1999 II y CANELO, CARLOS, “Responsabilidad contractual por hecho ajeno en el ámbito de la Prestación Médico - Asistencial”, en: DJ 26/03/2014, 1, cita online: AR/DOC/355/2014, Punto IV.

riormente. En el primer ámbito, permite elecciones de consumo fundadas y racionales (se relaciona con la libre elección, aplicándose la idea del **consentimiento informado**) y en el segundo permite una utilización adecuada (no riesgosa) del producto o servicio contratado (se relaciona con el derecho a la salud y seguridad, y con la protección de los intereses patrimoniales).

Se caracteriza a la información necesaria como aquella que es **veraz** (sin contenidos engañosos o falsos); **detallada** (discriminada en sus particularidades); **suficiente** (apta para los fines previstos, para que el consumidor pueda conscientemente optar); **eficaz** (en cuanto posibilite que el consumidor e involucre sin duda alguna sobre el acto que va a realizar, con plena conciencia y conocimiento sobre el mismo); **cierta** (en todos los aspectos y condiciones que regirán la relación de consumo en cuanto a sus efectos económicos, financieros y técnicos, operativos); **objetiva** (sin desvirtuar el sentido, los efectos y los alcances de la relación de consumo); **absoluta** (comprensiva de todas las condiciones de la relación de consumo, sin restricción alguna, ello a fin de posibilitar que el usuario sepa cuáles son sus obligaciones principales y accesorias; también **oportuna** (brindada en su justa medida, de modo directo y permanente, constante, ello a fin de facilitar que el usuario o consumidor cuente con ella cuando lo necesite, entendiéndose, en este aspecto, a la oportunidad como momento o instante en que se necesita contar o recurrir a la información; **transparente** (sin vericuetos, sin ocultamientos y sin manifestaciones que tiendan a distorsionar el sentido de la relación de consumo)⁽²¹⁾ y finalmente **suministrada por escrito, legible, en idioma nacional y gratuita** desde la reforma a la LDC del año 2008.

La ley regula tanto aspectos informativos previos a la relación de consumo (arts. 4°, 7°, 8° y 9°), como propios de esta (arts. 4°, 6° párrafo segundo, 10, 14 y 21). Su relación con el derecho a la salud y la seguridad (art. 42 CN, 1° párrafo y arts. 5° y 6° de la ley 24.240) aparece reconociendo la necesidad legítima de los consumidores de ser protegidos y avisados de los riesgos que para estos derechos representan los bienes o servicios contratados. Es también un deber del Estado garantizar la inocuidad de los productos en un uso normal y el deber de los fabricantes y distribuidores

.....

(21) Ver LOWENROSEN, FLAVIO ISMAEL, "Cómo debe ser la información que tiene que brindar el proveedor al consumidor o usuario", *Suplemento Jurídico de Derecho del Consumidor*, El Dial, 11/08/2006.

de poner en conocimiento del público los peligros que puede importar un determinado uso de un producto.

El art. 6° aborda las cosas y servicios riesgosos: “las cosas y servicios, incluidos los servicios públicos domiciliarios, cuya utilización pueda suponer un riesgo para la **salud** o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones o normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos...”.

Esta obligación debe partir de la idea del desconocimiento del consumidor respecto de la cosa o servicio adquirido y abarca todas las etapas del ciclo del producto: su instalación o puesta en marcha, mantenimiento, renovación o reparación, en los que debe velarse por la salud y seguridad de las personas que los usan o emplean, su calidad de vida y su integridad psicofísica.⁽²²⁾

El principio general constitucional y el articulado reseñado de la ley 24.240 extiende el enfoque relacional entre derecho a la salud y derecho del consumidor a los productos elaborados, los servicios comprendidos en la ley, la problemática ambiental y la responsabilidad por los daños causados por el vicio o riesgo de la cosa o por el servicio prestado, prevista como esencialmente objetiva.

De esa obligación de seguridad y de protección a su salud es destinatario el consumidor o usuario en el sentido del art. 1° de la ley. Su fuente es el art. 1198 CC y comprende a la persona y a los bienes del consumidor o usuario.

La integralidad psicofísica de la persona y su salud aun en la faz preventiva para asegurar el derecho se deben considerar comprendidas, así como la extensión de la persona a través de la protección de sus intereses económicos. Su función dentro del texto y espíritu de la LDC no es solo responsabilizar por daños producidos, sino además prevenir daños en los bienes jurídicos y derechos tutelados.

De ahí la conexión que señalamos con el derecho constitucional a **una información adecuada y veraz** (art. 42 CN; art. 4°, ley 24.240 s/ ley 26.361) y a “condiciones de trato equitativo y digno” (art. 42 CN y art. 8 bis ley 24.240 s/ ley 26.361), de íntima relación con la comprometida seguridad.

.....

(22) Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE y LORENZETTI, RICARDO, *op. cit.*, pp. 77/88.

La protección a la salud del consumidor es, además una prioridad frente al enfoque economicista del derecho⁽²³⁾ y de la vida misma, que prioriza el aumento de la riqueza, la eficiencia con el máximo beneficio, en desmedro de valores fundamentales.

El constituyente no ha querido resguardar solamente los intereses económicos del consumidor sino también la protección de su salud o integridad física y seguridad a través de la tutela preventiva (reduciendo los riesgos de los productos o servicios que se ofrezcan en el mercado), imponiendo la obligación a todo proveedor de bienes y servicios de suministrarlos en condiciones previsibles o normales de uso, de las que el consumidor debe tener conocimiento a través de la satisfacción del derecho a la información. Además, en términos del art. 37 LDC serán consideradas abusivas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños del proveedor.

4.2.2. Usuarios

En materia de servicios públicos, el resguardo de la salud y la seguridad del usuario implican la operación de los servicios en forma tal que no constituya un peligro para la seguridad pública, conforme normas de calidad. Se ejerce imponiendo a los entes reguladores la facultad de inspeccionar instalaciones y equipos, realizando pruebas periódicas, dictar reglamentos de seguridad y la capacidad de ordenar, en su caso, la suspensión del servicio o la reparación o reemplazo de lo defectuoso y velar por la protección de la propiedad, medio ambiente y seguridad de los usuarios.⁽²⁴⁾

El término usuario es el mismo consumidor, pero en el caso, como protagonista de una relación con un prestador de servicio público. La diferencia parte del sujeto con quien se entabla la relación, pero cierto es que también se particulariza en que el primero adquiere bienes o contrata servicios que terminan con su uso, mientras que el usuario aprovecha un servicio que no se agota ni consume por su uso, sino que se renueva y se presta con continuidad.

.....

(23) No pueden comprenderse las perdurabilidades de ciertas prácticas sin partir de esta premisa. Los partidarios del análisis económico del derecho entienden que el derecho privado debe buscar la solución más eficiente, que es aquella que genere el aumento de la suma total de beneficios (ver AMAYA, JORGE ALEJANDRO, *Mecanismos Constitucionales de Protección al Consumidor*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 61).

(24) Ver art. 52 del marco regulatorio del gas (ley 24.076) y art. 56 de la regulación energética (ley 24.065).

No obstante, se encuentran equiparados en la protección, más allá de las especificidades antes señaladas. La LDC dice en su art. 1° que su objeto es “la defensa del consumidor o usuario” y da un concepto común, utilizando las dos denominaciones en varios artículos (3°, 5°, 6°, 8° y otros). La misma Constitución Nacional, en su art. 42, se refiere en paridad a “consumidores y usuarios de bienes y servicios”.

En esa inteligencia sostenemos que el plexo normativo protectorio constitucional del art. 42 y de la ley 24.240 se aplica íntegramente cuando estamos frente a un “usuario” que se relaciona con una empresa de servicios públicos, privada o estatal, por lo que en la relación usuario - prestador se aplican los mismos principios.

El texto original de la LDC, en el Capítulo VI relativo a los servicios públicos domiciliarios, establecía su aplicación supletoria a los servicios que tuvieran regulación específica. Este tremendo desatino trajo aparejado el problema de la discusión de cuáles son las normas aplicables para el supuesto en que la regulación específica sea de rango normativo inferior a ley (decreto, resolución ministerial) que es el caso de la mayoría de los servicios públicos en nuestro país a nivel nacional, provocando el absurdo de que la mismísima ley 24.240 apareciera como de aplicación supletoria ante normas inferiores.⁽²⁵⁾

La reforma de la ley 26.361 agregó al Capítulo VI de la ley 24.240 un nuevo párrafo al art. 25 que atiende la problemática antes señalada. Recordemos la importancia de la aplicación de la LDC a esta temática, ya que en estos casos los usuarios son cautivos de las empresas, generalmente monopólicos y cuyos servicios e instalaciones ingresan a la intimidad del hogar y son atinentes a principios elementales de salud y calidad de vida, directamente vinculados con la dignidad humana y la vigencia de derechos elementales.

El párrafo agregado se refiere a servicios públicos con **legislación** (no regulación) específica y establece que se regirán por las normas de los organismos que la legislación contemple y por la “presente ley”, aplicándose la norma más favorable al consumidor en caso de duda, resultando precisa

(25) Aun con el texto anterior de la ley, la doctrina consideraba que otorgarle carácter supletorio a la ley en el caso de los servicios no implicaba su inaplicabilidad, en aras de la tutela básica que impone el art. 42 CN (FARINA, JUAN M., *Defensa del Consumidor y del Usuario*, Bs. As., Depalma, 2004, p. 286).

y determinante la aplicación directa de la 24.240 a los servicios públicos domiciliarios.⁽²⁶⁾

Hubo unánime consenso durante el tratamiento legislativo de la ley 26.361 en cuanto a eliminar el régimen de supletoriedad sobre los servicios públicos. Lo contrario implica el cercenamiento del derecho constitucional prescripto por el art. 42, que prima no solo por su jerarquía normativa, sino también porque además de su rango superior la consagración constitucional de los derechos de los usuarios es posterior a los marcos regulatorios específicos y a la propia ley 24.240, por lo que en materia de servicios públicos se aplicará, sobre estas bases, la integración normativa que analizaremos seguidamente.

5 | Integración normativa

Por aplicación de su art. 3º, la integración de la LDC con sus conceptos amplios y legitimadores de consumidor, proveedor y relación de consumo, se da con las leyes de Defensa de la Competencia y Lealtad Comercial⁽²⁷⁾ y con numerosas normas de carácter administrativo nacional, provincial y municipal, con leyes específicas como el Código Alimentario Nacional (ley 18.284) o el Plan Médico Obligatorio (para citar algunos ejemplos relacionados con el derecho a la salud) y con normas correspondientes a servicios determinados (hotelería, turismo, transporte, etc.), y desde luego con las normas generales de los Códigos Civil⁽²⁸⁾ y de Comercio. De ahí lo que los autores entienden como el “carácter multidisciplinario propio del estatuto del consumidor” dado que este se aplica a toda relación jurídica regulada por normas en la que exista relación de consumo, en una noción de “sistema integral de protección” o “microsistema”, como se señala en doctrina.

El *quid* de la integración es el principio de norma más favorable en caso de colisión o discrepancia. El párrafo final del art. 3º señala que las relacio-

.....

(26) En derechos humanos es menester no buscar el conflicto entre normas para sacrificar una y favorecer la otra, sino integrar siempre en la protección.

(27) Es fundamental la relación de los aspectos regulados por esta ley en materia de derecho a la salud, v.gr. en el caso de la rotulación de productos y sus contenidos, que cobra especial importancia en los productos alimenticios.

(28) Ver por ejemplo el art. 18 de la ley 24.240 que dispone, con relación a los vicios reprobatorios, la aplicación del art. 2178 CC y la no oponibilidad del art. 2170.

nes de consumo se rigen por esta ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de la regulación específica de la actividad que desarrolle el proveedor.

Atento la redacción incorporada por la reforma de la ley 26.361, debe entenderse que es la 24.240 la que tiene preeminencia como estatuto específico y, por ende, la que se integra con las normas generales y especiales⁽²⁹⁾ aplicables a la relación de consumo que se trate, con lo que se especifica que la especialidad radica en la relación de consumo en sí misma y el derecho especial del consumidor, con independencia de que el proveedor esté alcanzado por una determinada normativa en razón de su actividad.⁽³⁰⁾

Veamos a título de ejemplo, algunos casos de integración, relacionados con el derecho a la salud:

a. Ley 16.463. Control de drogas y productos utilizados en medicina humana

La norma protege al consumidor de esas sustancias, determinando entre otras cosas que la comercialización de las mismas se hace bajo el contralor del Ministerio de Salud, y según su art. 2° "en las condiciones y dentro de las normas que establezca la reglamentación, atendiendo a las características particulares de cada actividad y a razonables garantías técnicas en salvaguardia de la salud pública y de la economía del consumidor".

b. Ley 26.682 de Medicina Prepaga

En este caso están en juego los derechos del paciente, donde se conjuga el aspecto protectorio del derecho del consumidor y el usuario con el derecho humano a la salud y a la dignidad, frente ante un prestador empresarial, en una actividad sensible por naturaleza atento los derechos en juego, criterio que ha sido reiteradas veces verificado en la jurisprudencia tanto en cuanto a la finalidad social de las llamadas "empresas de salud" como en lo referente a la aplicación de los principios protectorios del derecho del consumo en estos casos:

- "Aun cuando la actividad de las empresas de medicina prepaga presenta ciertos rasgos mercantiles, estas tienden a proteger las garantías a la vida,

(29) Se superan así las interpretaciones que pretendían otorgarle a la normación del consumidor el carácter de mini sistema (ver GHERSI, CARLOS y WEINGARTEN, CELIA, *Proyecto de Reforma a La Ley del Consumidor*, Bs. As., La Ley, 2006 E, p. 114).

(30) Los conflictos entre las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor y las que pueden contener otras leyes especiales habrán de resolverse a favor de la primera, siempre que se configuren los extremos que determinan la aplicación de aquel estatuto protectorio (CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, "Cortés, Imer G. c/ La Caja Cía. de Seguros", 13/08/2004, en Lexis-Nexis Online, doc. 1/70019736-10.

seguridad e integridad de las personas, y adquieren un compromiso social con los usuarios, en virtud del cual no puede desconocerse un contrato sin contrariar su propio objeto”.⁽³¹⁾

- “Un afiliado a una empresa de medicina prepaga no es solo un consumidor sino, antes que ello, es beneficiario de un sistema de salud, en virtud de la singular trascendencia de la función social que tiene a su cargo una empresa de medicina prepaga, que se encuentra por encima de toda cuestión comercial, considerando por sobre todo los delicados intereses en juego concernientes a la integridad psicofísica, salud y vida de las personas”.⁽³²⁾
- “Debemos recordar que en toda relación de consumo y más cuando se trata de servicios de salud, la parte que requiere el servicio es necesariamente la más vulnerable y por lo tanto cualquier conducta que genere dudas y que implique un perjuicio para la parte más débil de la contratación debe ser interpretada de manera amplia y favorable al consumidor”.⁽³³⁾

c. Ley 24.901. Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad

Hemos dicho⁽³⁴⁾ que la relación entre discapacidad y consumo puede describirse como la de una **anomia atípica**. No por falta de regulación, sino por factores múltiples que van desde el amplio espectro abarcado, pasando por la dispersión de las normas de diverso rango jerárquico hasta su desconocimiento supino. Todo en un contexto de profundas dificultades de cumplimiento y control.

Sin embargo, la ley sobre discapacidad 22.431 y la 24.901, creadora del sistema de prestaciones básicas, tienen como objetivo manifiesto la creación de un régimen integrativo de discapacidad que asegure atención médica, educación y seguridad social (art. 2°); y por su parte la LDC tiene como objeto la defensa del consumidor o usuario (art. 1°, ley 24.240), por lo que la integración de las normas de discapacidad y consumo es prístina:⁽³⁵⁾ ambas coadyuvan a la protección de la salud, a asegurar la educación y la seguridad en materia de intereses económicos y tienden a establecer condiciones de trato equitativo y digno

(31) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “OSUPUPCN c/ DNCI - Disp. N° 371/10 (Expte. S01:99792/04)”, 16/06/2011, publicado en *La Ley* 13/12/2011, 5.

(32) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala II, “Swiss Medical SA c/ DNCI - Disp. 614/10 (Expte. S01:83434/05)”, 19/04/2012, Causa N° 35.816/2010, publicado en *El Dial*, AA77E4 el 19/07/2012.

(33) CNAC. CIV. Y COM. FED., Sala III, “H. D. y otro c/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ daños y perjuicios”, 31/10/2013, en *La Ley* 27/02/2014, 6.

(34) Ver TAMBUSSI, CARLOS EDUARDO, “El consumidor con capacidades diferentes. Un desafío a la igualdad de oportunidades”, en *Daños a la Persona y al Patrimonio*, t. I, Bs. As., Nova Tesis, 2011, p. 617.

(35) GROGLIO, MARCELO ALEJANDRO, “La discapacidad en la relación de consumo (Primera Parte)” en *Suplemento de Derecho del Consumidor*, *El Dial*, 04/05/2007.

atribuyendo a las autoridades la responsabilidad de garantizar la protección de los derechos que consagran.

En consecuencia, las normas de consumo constituyen la protección general y las normas de discapacidad la especial, en las cuales el marco protectorio se agrava, se rigoriza, en beneficio del consumidor, cuando este es —además de tal— una persona con capacidades diferentes.

d. Ley 25.326. Protección de los Datos Personales

La norma protege los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean estos públicos o privados, destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre ellas se registre, de conformidad con lo establecido en el art. 43, párr. 3° CN.

La ley de protección de datos personales y la LDC se integran en el resguardo de los derechos constitucionales en general y los que la Carta Magna consagra para los consumidores y usuarios, y como sistemas autónomos tuitivos convergen en varios puntos atinentes a la relación de consumo y conforman un bloque protectorio integrativo a favor de la parte más débil de la relación involucrada, de singular importancia atento la cantidad de datos del consumidor, no siempre pertinentes al negocio en cuestión que los proveedores de bienes y servicios recogen, guardan y utilizan.

La protección de datos es un derecho humano al igual que el derecho del consumidor y su función es proteger el honor y la intimidad de las personas y con el deber de que los datos sean ciertos, adecuados, pertinentes y no excesivos en el ámbito y finalidad para los que se hubiesen recolectado sin poder utilizarla, comercializarla o cederla para otras cuestiones que no sean aquellas para las cuales el consumidor brindó los datos.

Este aspecto nos introduce en la cuestión relativa al “dato sensible” y su tratamiento, la protección de la privacidad, el derecho de actualización, supresión o rectificación de los datos y la seguridad de los mismos, que exceden el propósito de este trabajo.

e. Ley 26.529. Derechos del Paciente en Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud

El paciente es el eje del sistema sanitario y es consumidor de productos y servicios de esa índole, siendo su destinatario final. Puede resultar también un “expuesto” a la relación de consumo (en términos del art. 1° de la ley 24.240) cuando, por ejemplo, es beneficiario de un seguro de salud contratado por un tercero.

Si bien están excluidos los profesionales liberales de la aplicación de la LDC (art. 2°), cuando se relaciona con los agentes prestadores del servicio de salud, el paciente será considerado consumidor, frente a la entidad que responderá

con aplicación del régimen tuitivo de la ley 24.240 al ser proveedores profesionales del servicio de salud destinados a consumo final. Por el principio de integración normativa y el orden público del art. 65, será de aplicación todo el plexo normativo de fondo y procesal propio del régimen de consumidores. En esa línea, el prestador debe cumplir con el deber de información, de seguridad y protección de consumidor, cumplir la oferta y el contrato, no imponer cláusulas abusivas en los mismos, y dispensar un trato equitativo y digno.

f. Otras normativas

Podemos citar a las leyes 26.557 de Salud Mental, 23.660 de Obras Sociales, 23.661 del Seguro Social de Salud, y 26.396 de Prevención de Trastornos Alimentarios.

6 | Conclusión

El derecho a la salud y los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos directamente relacionados con los valores de vida y dignidad.

Están constitucionalmente protegidos el acceso al consumo y el acceso a la salud con base en el principio de no discriminación y el trato equitativo y digno, propios del sistema de derechos humanos y del régimen tuitivo consumidor.

El derecho a la salud está involucrado en la relación de consumo y en el derecho de acceso al consumo, formando parte inescindible del esquema protectorio como bien jurídico protegido.

Las normas de derecho internacional contenidas en los tratados de derechos humanos del art. 75, inc. 22 CN y las normas internas de los estados en materia de salud y de derecho del consumo forman un todo protectorio sustentado en el principio de aplicación de la norma más favorable al consumidor (integración normativa).

La salud y la seguridad de los consumidores son un objetivo primordial del derecho de consumidores y usuarios, que impregna el amplio espectro de relaciones jurídicas y regímenes específicos donde existan relaciones de consumo.

Fuentes ciudades

Fuentes citadas

AAVV, *Derecho a la salud y servicios de salud en el orden internacional y regional*, Bs. As., Facultad de Derecho de UBA, 2007.

ACCONCI, PÍA, *Tutela della salute e Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 2011.

ACLAND, ANDREW F., *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Beatriz López (trad.), Bs. As., Paidós, 1993.

AIZENBERG, MARISA y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, LORENA, “El derecho a la salud y las relaciones de consumo”, en Lorenzetti, Ricardo y Schötz, Gustavo, *Defensa del consumidor*, Bs. As., Ábaco, 2003.

AIZENBERG, MARISA y REYES, ROMINA D., “El reconocimiento del derecho a la Autodeterminación en el Ordenamiento Jurídico Argentino: La consagración de las Directivas Médicas Anticipadas en la ley 26.529”, [en línea] http://www.derecho.uba.ar/extension/dma_msa_rdr.pdf, consultado el 31/07/2014.

AIZENBERG, MARISA y REYES, ROMINA D. *et al.*, “Las Directivas Médicas Anticipadas”, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, Uruguay, La Ley, n° 6, 2009.

AIZENBERG, MARISA y ROITMAN, ADRIEL, “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, en *La Ley*, 29 de diciembre de 2010.

AIZENBERG, MARISA (coord.), *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Bs. As., Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho UBA, en prensa.

AIZENBERG, MARISA, “La gestión de los conflictos en las organizaciones de salud como respuesta a la judicialización sanitaria”, en *La Ley. Suplemento de Actualidad*, 10 de noviembre de 2011.

ALBANESE, SUSANA, “El derecho de los pacientes a recibir información”, en *Daños. La responsabilidad civil por mala praxis profesional*, Bs. As., El Derecho-Depalma, 2000.

ALONSO RODRÍGUEZ, FRANCISCO J., “El derecho a vivir y morir dignamente”, [en línea] www.ligaproderechoshumanos.org

ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, OSCAR J. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derecho de Obligaciones*, 2ª ed. act., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1998.

ALTERINI, Atilio A.; LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Temas de responsabilidad civil*, Bs. As., Ciudad Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1995.

ALTERINI, Atilio A., *Responsabilidad Civil. Límites de la responsabilidad civil*, 2ª ed., 2ª reimp., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1974.

ANGELL, M., “The quality of mercy”, en *N Engl J Med*, 306, 1982.

ANGELL, M. “The supreme court and physician-assisted suicide. The ultimate right”, en *N Engl J Med*, 336, 1997.

ARENDT, HANNA, *Le origini del totalitarismo*, trad. de A. Guadagnin, Milano, Comunità, 1996.

ARRIBERE, ROBERTO y DEL VALLE, ISABEL, “La eutanasia y la necesidad existencial de la

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- muerte”, en Luis Guillermo Blanco (ed.), *Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales*, Editorial Universidad, 2002.
- BASZ, EDUARDO, “La dignidad del riesgo como antídoto al estigma”, [en línea] <http://gruposaludmentalfts.files.wordpress.com/2014/01/paperladignidaddelriesgocomoante3addotoa-lestigma.pdf>, consultado el 28/04/2014.
- BAZÁN, VÍCTOR, “El derecho a la salud en el escenario jurídico argentino y algunas líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en la materia”, *JA*, 2012-II-951/1031.
- BEAUCHAMP, TOM., *Childress, J. F., Principles of Biomedical Ethics*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.
- BELOFF, MARY *et al.*, *Convención sobre los derechos del niño. Comentada, anotada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2012.
- BERBERE DELGADO, JORGE C., “Fertilización asistida y el principio ‘pro homine’”, en *DFyP*, año III, n° 2, 2011.
- BERISTAIN, ANTONIO, “Eutanasia: dignidad y muerte y otros trabajos”, en *LL*, T-1991-E.
- BERTOLDI DE FOURCADE, M. VIRGINIA y BERGOGLIO DE BEOUWER DE KONING, M. TERESA, “La antijuridicidad en la responsabilidad civil del médico”, *LL* 1985-D, 988.
- BLANCO, LUIS G. (comp.), *Bioética y Bioderecho. Cuestiones Actuales*, Bs. As., Editorial Universidad, 2002.
- BLANCO, LUIS G., “Homicidio piadoso. Eutanasia y Dignidad Humana”, en *LL*, T-1997-F.
- BORDA, GUILLERMO A., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, 9ª ed. actualizada por Borda Guillermo A., Bs. As., La Ley, 2008.
- BRACONNIER, STÉFANE, *Le droit au respect de la vie familiale des étrangers non mariés dans le contentieux de la reconduite à la frontière*, Recueil Dalloz, 1997.
- BROCK, D., “*Forgoing life-sustaining food and water: is it killing?*”, en Lynn J., *By no extraordinary means*, Expanded Ed. Blommington, Indiana University Press, 1989.
- BUERES, ALBERTO J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed. act., t. 2, Bs. As., Hammurabi, 1994.
- BURNELL, G., *Vivir o morir en la era de la tecnología médica*, Bs. As., Científica Interamericana, 1994.
- BURT, R. A., “*The supreme court speaks. Not assisted suicide but a constitutional right to palliative care*”, en *N Engl J Med*, 337, 1997.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE H., “La voluntad de cada uno es el solo árbitro para decidir una intervención en su propio cuerpo”, en *LL*, T-1991-B.
- BUSTAMANTE ALSINA, JORGE H., *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- BYK, CHRISTIAN, “*The History of the Right to Health as a Human Right*”, en *International Journal of Bioethics*, vol. 9, n° 3, 1998.
- CAMUS A., *El mito de Sísifo*, Madrid, Aguilar, 2006.
- CARAM, M. ELENA; EILBAUM, DIANA T.; RISOLIA, MATILDE, *Mediación. Diseño de una práctica*, Bs. As., Librería Histórica, 2006.
- CARRANZA CASARES, CARLOS A., “Relevancia de las normas éticas en la responsabilidad de los médicos”, *LL* 2004-E, 1001.

- CATALÀ I BAS, ALEXANDRE, “Comentario introductorio a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 27/10/1994. Caso Kroon y otros c/ Países Bajos”, en *Revista General del Derecho*, año LIII, n° 632, mayo de 1997.
- CECCHETTO, SERGIO, “Deontologismo y teleología en el capítulo final de la vida humana”, en Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1995.
- CIERCO SEIRA, CÉSAR, “Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa”, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo*, Zaragoza, Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, t. I, 2009.
- CIFUENTES, SANTOS, *Derechos personalísimos*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2008.
- CIRUZZI, M. S. y SELANDARI J. O., “Estudio descriptivo de la opinión de miembros de la justicia nacional en lo penal y civil (familia), en situaciones de limitación de soporte vital en pediatría”, en *Revista de Derecho penal y Procesal Penal*, n° 9, septiembre 2013.
- CIRUZZI, M. S., “La limitación del soporte vital frente al derecho penal”, en *Debates en torno al Derecho Penal*, Tarrío, Mario C. (dir.), Bs. As., Cathedra Jurídica, 2007.
- CIRUZZI, M. S., “Los dilemas al final de la vida: el paradigma bioético frente al paradigma penal”, en *Revista de Derecho Penal*, año 1, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, setiembre, 2012.
- COHEN J. S.; FIEHN S. D.; BOYKO E. J.; JONSEN A. R. y WOOD R. W., “Attitudes toward assisted suicide and euthanasia among physicians in Washington state”, en *N Engl J Med*, 331, 1994.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DEL INCUCAI, “Consideraciones alrededor del concepto de muerte bajo criterios neurológicos (muerte encefálica)”, [en línea] https://www.incucai.gov.ar/files/docs-incucai/Comite%20de%20Bioetica/07-muerte_encefalica.pdf
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, “Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos”, Argentina, U.N. Doc. CCPR/CO.70/ARG, 2000.
- COMITÉ NACIONAL DE TERAPIA INTENSIVA PEDIÁTRICA, “Consenso sobre recomendaciones acerca de la limitación del soporte vital en terapia intensiva”, en *Arch. argent. pediatr*, n° 97 (6), 1999, [en línea] http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/1999/99_411_415.pdf
- CUMPLIDO, MANUEL JOSÉ, “Derecho a una muerte digna”, [en línea] en www.dva.com.ar
- Dickstein E., Erlen J., Erlen J. A., “Ethical principles contained in currently professed medical oaths”. *Acad Med* 1991, 66, 622-4.
- CURREA-LUGO, VÍCTOR, *La salud como derecho humano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2005.
- CHABAS, FRANCOIS, “Responsabilidad médica y seguro”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, 2011-VI, 287.
- CHOCHINOV H. M.; WILSON K. G.; ENNS M.; MOWCHUN N.; LANDER S.; LEVITT M. et al., “Desire for death in the terminal ill”, en *Am J Psychiatry*, 152, 1995, 1185/91.
- CHURCHILL L. R.; KING N. M. P., “Physician assisted suicide, euthanasia, or withdrawal of treatment. Distinguishing between them clarifies moral, legal, and practical positions”, en *BMJ*, 315, 1997.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- COUNCIL ON ETHICAL AND JUDICIAL AFFAIRES, AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION. "Decisions near the end of life", en *Jama*, 267, 1992.
- D'ARGENIO, INÉS, "Protección jurídica de un usuario sin servicio público", en *LL* 2001-E-19.
- DE LA VEGA, ENRIQUE, "La historia clínica: El ABC del acto médico", en *Revista del Colegio Médico de Rosario*, n° 45, mayo de 1993.
- DE SALVIA, MICHELE y ZAGREBELSKY, VLADIMIRO, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Milán, Giuffrè, 2006.
- DE SALVIA, MICHELE, "Droits et devoirs en matière d'environnement selon la Convention Européenne des Droit de l'Homme", en *Les nouveaux droits de l'homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- Diario La Capital* (Rosario), "El hospital público debe ser un espacio amigable y no reactivo", 02/03/2013.
- DÍAZ, ANA I., "Pacientes: ¿Sólo derechos?", en *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, en prensa.
- Diccionario terminológico de Ciencias Médicas*, 10ª ed., Barcelona, Salvat SA, 1968.
- DIEZ PICAZO, LUIS, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1993.
- DORNBRAND L., "Family decision making on trial: who decides for incompetent patients?", en *N Engl J Med*, 1990.
- EMANUEL E. J., "The history of euthanasia debates in the United States and Britain", en *Ann Intern Med*, 121, 1994.
- ESPOSITO, ANDREANA, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, Giappichelli, 2008.
- Euthanasia, physician-assisted suicide, and other medical practices involving the end of life in the Netherlands, 1990-1995*, en *N ENGL J MED*, 335, 1996, 1699/1705.
- FALCÓN J. L.; ÁLVAREZ M. G., "Encuesta entre médicos argentinos sobre decisiones concernientes al final de la vida de los pacientes". en *Medicina*, Bs. As., 56, 1996.
- FAMA, MARÍA V.; HERRERA, MARISA y PAGANO, LUZ M., *Salud mental en el derecho de familia*, Bs. As., Hammurabi, 2008.
- FAMA, MARÍA V., "La infertilidad y al acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", *LL* 2009-D-79.
- FARIÁS, GISELA, *Muerte Voluntaria*, Bs. As., Astrea, 2007.
- FEINBERG, J., "Voluntary euthanasia and the inalienable right to life", en *Philosophy and Public Affairs*, n° 2, 1978.
- FERNÁNDEZ COSTALES, JAVIER, "En torno a la responsabilidad médica y a la responsabilidad patrimonial por daños causados al paciente", en De Ángel Yagüez, Ricardo e Yzquierdo Tol-sada, Mariano (coords.), *Estudios de Responsabilidad Civil en homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Bs. As., Depalma, 2001.
- FOLEY K. M., "Competent care for the dying instead of physician- assisted suicide", en *N Engl J Med*, 336, 1997.
- FOLEY K. M., "The relationship of pain and symptom management to patient requests for physician-assisted suicide", en *J Pain Symptom Manage*, 6, 1991.
- FUKUYAMA, F., "Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution", Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2002.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Bs. As., La Ley, 2006.
- GHERARDI CARLOS G., “La muerte cerebral y la muerte”, en *Medicina*, Bs. As., n° 57, 1997.
- GHERARDI, CARLOS G. “La muerte intervenida. Soporte vital: abstención y retiro en el paciente crítico”, en Luis Guillermo Blanco (ed.), *Bioética y Bioderecho. Cuestiones actuales* Editorial Universidad, 2002.
- GIDDENS, ANTHONY, “Rutinización y motivación”, en *La Constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración*, Bs. As., Amorrortu editores, 1998.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Aborto voluntario no punible y justicia constitucional”, en *Revista DFyP*, año 2, n° 3, 2010.
- GOUREVITCH D. “Suicide among the sick in classical antiquity”, en *Bull Hist Med*, n° 43, 1969.
- HABERMAS, JÜRGEN, “*The Future of Human Nature*”, en *Polity Press*, Cambridge, 2003.
- HALPERÍN, ISAAC, *Seguros*, 3ª ed. act. por Barbatto, Nicolás H., Bs. As., Depalma, 2001.
- HAVERKATE I. y VAN DER WAL G. “Policies on medical decisions concerning the end of life in Dutch health care institutions”, en *JAMA*, 275.
- HERNÁNDEZ, CARLOS, “Algunos aspectos de la responsabilidad médica por negativa de acceso a la salud (horizontes actuales del derecho a la salud e impacto de la ley sobre derechos del paciente)”, en *Rev. Derecho de Daños*, n° 3, 2011.
- HIGHTON, ELENA I.; WIERZBA SANDRA M., *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*, Bs. As., Ad Hoc, 1991.
- HOWELL, J. H. y SALE, W.F. (eds.), *Life choices. A Hastings Center Introduction to Bioethics*, 2ª ed., Nueva York, Georgetown University Press, 2000.
- KASS, L., “*Life, Liberty, and the Defense of Dignity: The Challenge for Bioethics*”, San Francisco, Encounter Books, 2002.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., *Derechos y garantías en el siglo XXI*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 1999.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Las normas deontológicas y la responsabilidad del abogado”, en *Revista de Derecho de Daños - Responsabilidad de los profesionales del Derecho (abogados y escribanos)*, 2005-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- KIEFFER, G. H., “Eutanasia. Confusión en torno a la muerte”, en *Bioética*, Bs. As., Alhambra, 1983.
- KRASNOW, ADRIANA, “Cobertura de un tratamiento de procreación humana asistida con empleo de óvulo de dadora”, en *Revista DFyP*, año 2, n° 3, 2010.
- KRAUT, ALFREDO J., *Los derechos de los pacientes*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1987.
- KRAUT, ALFREDO J., *Pacientes Mentales y Derecho Privado: Tutela Jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- KUSINSKY, DARÍO, “¿Cuántos fallos se necesitan para tener una ley? La necesidad de una ley en materia de fertilidad”, en *LL* 2009-D-273.
- KVITKO, LUIS A., *La peritación médico-legal en la praxis médica*, Bs. As., Ediciones La Rocca, 2008.
- LAVALLE, OLGA O., “Consentimiento informado en adolescentes”, en *La Ley* JA 2000-IV-1067, 2000.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- LEE M. A., NELSON H. D.; TILDEN V. P.; GANZINI L.; SCHMIDT T. A., y TOLLE S. W., “*Legalizing assisted suicide. Views of physicians in Oregon*”, en *N Engl J Med*, 334, 1996.
- LEONARDI DE HERBÓN, HEBE M., “La regla *naeminen laedere* en el Derecho Constitucional”, en Alterini, Atilio A.; López Cabana y Roberto M., *La responsabilidad, homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995.
- LO B., DORNBRAND L., “*Family decision making on trial: whodecidesfor incompetent patients?*”, en *N Engl J Med*, 1990.
- LO B., DORNBRAND L., “*Resolving Ethical Dilemmas. A guide for clinicians*”, cap. 15, en *Confusing Ethical Distinctions. Withdrawing and withholding interventions*, 4ª ed., Baltimore, USA, Wolters Kluwer Health - Lippincott, Williams & Wilkins, 2009.
- LOIANNI, ADELINA y GOZAINI, OSVALDO A., “Los alcances del derecho a la salud ante del deber de realizar el control de convencionalidad”, en *LL* 2011-A-508.
- LÓPEZ GEIST, M. DE LOS ÁNGELES, “El psiquiatra y la muerte digna”, en Ghersi, Carlos A., *Derecho de los pacientes al servicio de la salud*, Ediciones jurídicas Cuyo, 1998.
- LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, “Teoría general de la responsabilidad civil”, Bs. As., Lexis-Nexis, 2006.
- LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO, *Ley de Seguros. Comentada y Anotada*, Bs. As., La Ley, 2007.
- LÓPEZ SAAVEDRA, DOMINGO, “Seguro de responsabilidad civil bajo condiciones ‘claims made’”, en *Revista Derecho Privado y Comunitario*, Seguros I, n° 19, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999.
- LORENZETTI, RICARDO, “Contrato de Seguro: La cláusula ‘claims made’”, en *LL* 1998-C.
- LORENZETTI, RICARDO L., *La Empresa Médica*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.
- LORENZETTI, RICARDO L., *Responsabilidad civil de los médicos*, t. II, Santa Fe, Rubinal-Culzoni, 1997.
- LORENZETTI, RICARDO L., “Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales”, en *Derecho de daños en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, Bs. As., La Rocca, 1989.
- LORENZETTI, RICARDO, “Responsabilidad del estado frente a los derechos humanos”, en *Revista Derecho de Daños*, n° 9, 2000.
- LUFT, MARCELO E., “Derecho a la salud reproductiva desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *R. DFyP*, año III, n° 3, abril 2011.
- LUNA F, SALLES A. “Rechazo del tratamiento, eutanasia y suicidio asistido”, en *Decisiones de vida y muerte. Eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Bs. As., Sudamericana 1995.
- MEISEL A., “*Legal myths about terminating life support*”, en *Arch intern Med*, 1991.
- MESIEL A., *The Right to Die*, 2ª ed., Nueva York, John Wiley & Sons, 1995.
- MEZA CARBAJAL, LUIS A., *El siniestro en el seguro de la responsabilidad civil*, Perú, Grijley, 1995.
- MILL, JOHN S., *Sobre la libertad. El utilitarismo*, [en línea] <http://www.ateismopositivo.com.ar/Stuart%20Mill%20John%20-%20Sobre%20la%20libertad.pdf>

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- MOLINA QUIROGA, EDUARDO y CÓRDOBA, LUCRECIA, “El derecho a la salud como derecho humano”, en *LL* 2013-E-320.
- MONTERISI, RICARDO, “El plazo razonable en los procesos civiles bajo el foco de la Corte Interamericana”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 12, año XIV.
- MONTOYA, MARIO D., “El derecho constitucional a morir”, en *LL* T-1991-A.
- MORELLO, AUGUSTO M., “Nuevos perfiles de la responsabilidad del abogado”, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Homenaje al Prof. Atilio Aníbal Alterini*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.
- MORTE GÓMEZ, CARMEN, “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos”, en Embid Irujo Antonio (dir.), *Derechos económicos y sociales*, Madrid, Iustel, 2009.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “De la causalidad a la causalidad en la responsabilidad médica (lo desconocido y las causas subyacentes)”, en *Revista de Derecho de Daños, Responsabilidad de los profesionales de la salud*, 2003-3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Los profesionales”, en *Revista de Daños, Daños profesionales*, n° 8, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “El incumplimiento contractual”, en *Responsabilidad por daños*, t. II, Rubinzal-Culzoni, 1998.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, *El valor de la vida humana*, 4ª ed. ampliada y actualizada, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- MOSSET ITURRASPE, JORGE, “Responsabilidad civil del médico”, en *Seguros y Responsabilidad civil*, n° 2, Bs. As., Astrea, 1983.
- MUÑOZ, CARLOS, “El abordaje interdisciplinario de la Salud Mental. Situación actual partir de la ley 26.657 y el Decreto 603/13”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, n° 2, A-6, La Ley, 2014.
- NICOLAU, NOEMÍ, “La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional”, en *LL* 1996-A, 1245.
- NIÑO L. F., *Eutanasia. Morir con dignidad. Consecuencias jurídico-penales*, Bs. As., Ed. Eudeba, 1994.
- OMS, “Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial: es hora de pasar a la acción”, [en línea] <http://apps.who.int/iris/handle/10665/44137>
- ORENTLICHER, D. “*The legalization of physician-assisted suicide*”, en *N Engl J Med*, n° 335, 1996.
- ORENTLICHER D. “*The supreme court and physician-assisted suicide. Rejecting assisted suicide but embracing euthanasia*”, en *N Engl J Med*, n° 337, 1997.
- PÁNIKER, SALVADOR, “Prólogo”, en Thévoz, M.; Jaccard, R., *Manifiesto por una muerte digna*, Barcelona, Kairós, 1993.
- PASSIK S.; McDONALD M.; ROSENFELD B. y BREITBART W., “*End of life issues in patients with AIDS: clinical and research considerations*”, en *J. Pharm Care Pain Symptom Control*, n° 3: 1995.
- PAULING L.; IKEDA D., “Eutanasia”, en *En busca de la paz*, Bs. As., Emecé, 1995.
- PELLEGRINO E. D., “*Ethics*”, en *JAMA* 1991, 265: 3118-9. 25.
- PRESIDENT’S COMMISSION FOR THE STUDY OF ETHICAL PROBLEMS IN MEDICINE AND BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH, “*Deciding to Forego Life-Sustaining treatment*”, Washington DC, US Government Printing Office, 1983.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- PRZYGODA, PABLO, “La eutanasia y el suicidio asistido en la Argentina y en otros países”, *Medicina*, Vol. 59, n° 2, 1999, [en línea] http://www.medicinabuenaaires.com/revistas/vol59-99/2/v59_n2_195_200.pdf
- QUESADA, ENRIQUE, “Accidentes de Tránsito: ¿Se puede hacer más para bajar el número de muertes?”, [en línea] www.isg.org.ar
- QUILL, T. E; CASSEL C. K. y MEIER D. E., *Care of the hopelessly ill. Proposed clinical criteria for physician-assisted suicide*, en *N Engl J Med*, 327, 1992.
- RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO, *Derecho Civil parte general*, 2ª reimp., Bs. As., Astrea, 2003.
- RINESSI, ANTONIO J., *El Deber de Seguridad*, Santa Fe, Rubinal-Culzoni, 2007.
- RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994.
- RODOTÀ, STEFANO, *Il diritto di avere diritti*, Bari, Laterza, 2012.
- ROSALES, PABLO, “Análisis legal y jurisprudencial sobre cobertura de fertilización humana asistida y sus técnicas médicas”, en *R. DFyP*, año III, n° 2, 2011.
- ROUSSET, GUILLAUME, “*Et si le droit de la santé cessait d'exister? Fiction ou anticipation sur l'application subséquente du droit de la consommation aux relations de santé*”, en *AAVV, Élanges en l'honneur de Marie-France Callu*, París, Lexis-Nexis, 2013.
- SAGUES, NÉSTOR P., “¿Derecho constitucional a no curarse?”, en *LL*, T-1993-D.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, “El consentimiento informado: un derecho del enfermo y una forma distinta de tomar decisiones”, en *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, n° 2, abril 1996.
- SANGÜESA CABEZUDO, ANA MARÍA, “Autonomía del Paciente. Consentimiento Informado”, en *Revista de Jurisprudencia*, n° 1, 13/12/2012.
- SARAMAGO JOSÉ, *Las intermitencias de la muerte*, Bs. As., Alfaguara, 2012.
- SCHIAVO, CARLOS, “El seguro de responsabilidad civil médica”, en Garay (dir.), *Responsabilidad Profesional de los médicos*, 2ª ed. ampl. y act., t. II, Bs. As., La Ley, 2014.
- SINGER PA, SIEGLER M., “*Euthanasia. A critique*”, en *N Engl J Med*, n° 322, 1990.
- STIGLITZ, RUBÉN S., *Derecho de Seguros*, 4ª ed., Bs. As., La Ley, 2005.
- STIGLITZ, RUBÉN S., “El Seguro contra la responsabilidad civil y la limitación temporal de la garantía asegurativa. Especial referencia al seguro de responsabilidad profesional de médicos y centros asistenciales de salud”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, n° 13, 1999.
- SITGLITZ, RUBÉN S., “Un antecedente sobre la ilicitud de la cláusula *claims made*”, en *LL* 2003-F, 372.
- SOBRINO, WALDO A. R., *Seguros y responsabilidad civil*, Bs. As., Universidad, 2003.
- SUDRE, FRÉDÉRIC, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 2ª ed., París, Puf, 1995.
- THE PRESIDENT’S COUNCIL ON BIOETHICS, “*Controversies on the determination of death*”, [en línea] www.bioethics.gov
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. II, Bs. As., La Ley, 2004.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y STIGLITZ, RUBÉN S., *El seguro contra la responsabilidad civil del médico*, Bs. As., Astrea, 1983.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A., “Responsabilidad civil del abogado”, en *Revista de Daños, Daños profesionales*, n° 8, Rubinzal-Culzoni, 2000.
- VALIENTE, LUIS A., “El Consentimiento informado como dominio práctico”, en *Temisnet. Información judicial del Chubut*, [en línea] <http://blog.juschubut.gov.ar/sijblog/2009/10/consentimiento-informado-como.html>, 14/10/2009.
- VALLEJO, GRACIELA, “A favor de la vida, el derecho a nacer y contra la discriminación”, en *R. DFyP*, 2010.
- VAN DER MAAS P. J.; VAN DELDEN J. J. M.; PIJNENBORG, L. y LOOMAN C. W. N., “*Euthanasia and other medical decisions concerning the end of life*”, en *Lancet*, n° 338, 1991.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “El Consentimiento Informado en la práctica médica”, en *La Ley JA* 2001-III-1085, 2011.
- VÁZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., “Los presupuestos de la responsabilidad profesional”, en *Las Responsabilidades Profesionales. Libro en Homenaje al Dr. Luis O. Andorno*, La Plata, Platense, 1992.
- WASHINGTON, KUHSE H.; SINGER P., *Bioethics. An Anthology*, 2ª ed., Blackwell Publishing, 2006.
- WEBB, M. SOLEDAD, “Límites en la cobertura de la medicina reproductiva”, en *R. DFyP*, año V, n° 1, 2013.
- WIERZBA, SANDRA y CZERNIZER, DIEGO, “La cláusula ‘*claims made*’ en los seguros contra responsabilidad médica: la experiencia argentina”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, año IV, n° VII, noviembre - diciembre de 2002.
- WIERZBA, SANDRA, “Seguro contra la responsabilidad civil médica”, en *Revista de Derecho de Daños, Daños a la Salud*, 2011-3, n° 5, 3, 2.
- YAMIN, ALICIA ELY, “Poder, sufrimiento y los tribunales”, en *La lucha por los derechos de la salud*, Bs. As., Siglo XXI, 2013.
- ZAMORA CALVO, A., “El enfermo terminal y la muerte”, *Revista Bioética y Ciencias de la Salud*, vol. 5, n° 2, España.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “La tutela inhibitoria contra daños”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley 1999-1.

Índice Temático

A

- ACCESO A LA JUSTICIA** P. 5, 11, 61, 62, 98, 121, 215
procedimientos alternativos P. 11, 187
- ACCIDENTE DE TRÁNSITO** P. 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 149, 150, 155, 156, 159, 161, 162, 163, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177
revisión técnica obligatoria P. 141, 158
- ACCIÓN DE AMPARO** P. 6, 8, 168, 169
- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD** P. 39, 61, 67, 184, 186, 187, 190, 193, 196, 200

B

- BIOÉTICA** P. 13, 18, 20, 181, 183, 187, 207
principios bioéticos P. 31, 40

C

- CONSENTIMIENTO INFORMADO** P. 24, 39, 61, 65, 114, 135, 179, 180, 181, 183, 184, 185, 188, 189, 190, 192, 193, 194, 198, 222
consentimiento por representación P. 187, 191
- CONSTITUCIÓN NACIONAL** P. 73, 85, 126, 146, 148, 152, 163, 225

D

- DAÑOS Y PERJUICIOS** P. 63, 71, 81, 136, 142, 144, 146, 193, 228
reparación integral P. 137, 142, 150, 151, 153, 155, 162

DEBER DE INFORMACIÓN *véase* **DERECHO A LA INFORMACIÓN**

DERECHO A LA DIGNIDAD *véase* **DIGNIDAD DE LA PERSONA**

DERECHO A LA INFORMACIÓN P. 61, 188, 230

DERECHO A LA SALUD P. 3, 7, 8, 14, 30, 45, 88, 89, 91, 92, 98, 100, 126, 137, 138, 139, 163, 164, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 174, 179, 180, 195, 199, 211, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 226, 227, 230

acceso a la salud P. 87, 88, 164, 217, 230

DERECHO A LA VIDA P. 14, 30, 80, 90, 98, 99, 119, 120, 137, 163, 168, 179, 180, 211, 219
enfermedad terminal P. 19, 29, 32, 195, 198

DERECHOS DEL PACIENTE P. 7, 37, 61, 100, 182, 185, 186, 194, 198, 200, 203, 229
adecuación de tratamientos P. 22, 23
autonomía del paciente P. 7, 180, 192, 198, 199
cuidados paliativos P. 26, 27, 28, 29, 204, 207
Ley de Derechos del Paciente

P. 26, 185, 194

voluntad del paciente P. 40, 45, 180, 184, 186, 200, 201, 204, 208, 209

DERECHOS PERSONALÍSIMOS P. 26, 40, 42, 192, 193, 208

DERECHOS FUNDAMENTALES *véase* **DERECHOS HUMANOS**

DERECHOS HUMANOS P. 13, 30, 88, 89, 90, 91, 92, 98, 116, 117, 120, 123, 152, 165, 166, 180, 183, 199, 211, 212, 215, 216, 217, 218, 227, 229

Convención Interamericana de Derechos Humanos P. 89, 94

Corte Interamericana de Derechos Humanos P. 87, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 97, 98, 100, 101, 104, 105, 108, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 118, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 218

Tribunal Europeo de Derechos Humanos P. 90, 91, 108, 113

ÍNDICE TEMÁTICO

DIGNIDAD DE LA PERSONA P. 29, 35,
38, 39, 41, 43, 113, 150, 152, 177, 207, 211, 212, 217, 225

DIRECTIVAS ANTICIPADAS P. 28, 195,
196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209

DISCRIMINACIÓN P. 93, 102, 109,
116, 117, 170, 215, 216, 230

E

ENFERMEDAD MENTAL P. 108, 109,
110, 111, 112, 114, 119, 127, 130, 135

Ley Nacional de Salud Mental P. 127,
129, 130, 134, 135, 136

EUTANASIA P. 24, 28, 31, 32, 33, 34, 35,
200, 201, 202, 204, 207, 209

H

HISTORIA CLÍNICA P. 45, 51, 103, 104,
185, 200, 203

M

MUERTE DIGNA P. 21, 30, 207

O

OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD P. 144,
145, 146, 147, 149, 150, 223

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SA-
LUD P. 8, 28, 47, 118, 138, 139, 169, 219

P

PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 33,
88, 108, 109, 114, 115, 116, 120, 129, 134, 136, 140, 187, 216,
217, 220, 228, 229

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL
P. 123, 124, 125

PRINCIPIO DE BUENA FE P. 144, 149

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONA-
LES P. 53, 229

PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓ-
DIGO CIVIL Y COMERCIAL P. 59, 81,
117, 126, 131, 227

R

RESPONSABILIDAD CIVIL P. 59, 69,
70, 72, 74, 86, 94, 131

culpa grave P. 67, 77, 78, 79, 156, 157, 177

responsabilidad contractual P. 67, 70,
71, 72, 131, 132

responsabilidad extracontractual P. 51,
70, 71

responsabilidad objetiva P. 142, 143,
144, 145, 221

seguro de responsabilidad civil P. 59,
65, 74, 75, 76, 156, 162

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL
P. 55, 60, 61, 64, 66, 67, 69, 71, 74, 82, 83, 84, 86, 106

cláusulas *claims made* P. 59, 67, 73,
74, 75, 76, 77

mala praxis profesional P. 22, 45,
57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 73, 74, 77, 78, 79, 84, 86,
103, 121, 127, 136, 192

riesgo profesional P. 72, 73

secreto profesional P. 53, 79, 80, 101

seguros de responsabilidad profesio-
nal P. 66, 67

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO P. 91,
95, 96, 126

obligación del Estado P. 36, 94, 95, 108,
114, 117, 217

RESPONSABILIDAD MÉDICA P. 49,
66, 69, 80, 81, 86

deber de cuidado P. 95, 135, 136

ética profesional P. 67, 81, 82, 83, 104, 105

mala praxis médica P. 63, 64, 103, 121, 127

ÍNDICE TEMÁTICO

responsabilidad penal médica P. 124
seguro médico P. 84, 86

S

SEGUROS P. 16, 17, 59, 61, 63, 64, 65, 66,
67, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 83, 84, 85, 86,
94, 137, 141, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 171, 172,
174, 175, 227, 229

exclusiones de cobertura P. 78, 79, 81, 84, 157

franquicia P. 68, 69, 73, 156, 160, 162, 177

Ley de Seguros P. 65, 66, 69, 73, 75, 76, 78, 79

obligación del asegurador P. 65, 79, 160

riesgo asegurado P. 69, 72

seguro obligatorio automotor P. 86, 141,

156, 157, 158, 160, 171

SERVICIOS PÚBLICOS P. 87, 88, 95,

96, 147, 169, 215, 223, 224, 225, 226

SISTEMA DE SALUD P. 3, 4, 5, 6, 7, 8,

10, 11, 16, 62, 90, 126, 137, 142, 164, 167, 171, 172, 175, 228

asistencia sanitaria P. 3, 11, 86, 164, 166, 199

políticas públicas sanitarias P. 6, 7

servicios de salud P. 87, 88, 89, 91,

95, 99, 100, 114, 163, 169, 170, 185, 194, 212, 228

sistema público de salud P. 171, 172

SUICIDIO ASISTIDO P. 28, 31, 32, 33

T

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HU-

MANA ASISTIDA P. 117, 118, 119, 120

V

VULNERABILIDAD P. 4, 6, 9, 11, 33, 50,

90, 92, 93, 97, 99, 108, 109, 135, 147, 167, 170, 217

COLOFON