



Fundación  Sanatorio Güemes

# SALUD Y CONCIENCIA PÚBLICA

*Seminario Problemática de los Daños en la  
Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas  
y Sociales Ambrosio L. Gioja*

DR. CARLOS J. REGAZZONI

DIRECTORA DEL SEMINARIO:  
LIDIA GARRIDO CORDOBERA

COORDINADOR:  
JOSÉ PABLO DI IORIO



Regazzoni, Carlos

Salud y conciencia pública : seminario problemática del daño en la sociedad actual : instituto de investigaciones jurídicas y sociales Ambrosir L. Gioja . - 1a ed. - Buenos Aires : Fundación Sanatorio Güemes, 2011.

376 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-24399-3-4

1. Salud Pública. I. Título.  
CDD 613

Impreso en la Argentina

Hecho el depósito que previene la ley 11.723

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros medios sin el permiso previo del editor.

# SALUD Y CONCIENCIA PÚBLICA

*Seminario Problemática de los Daños en la  
Sociedad Actual, Instituto de Investigaciones Jurídicas  
y Sociales Ambrosio L. Gioja*

DR. CARLOS J. REGAZZONI

DIRECTORA DEL SEMINARIO:  
LIDIA GARRIDO CORDOBERA

COORDINADOR:  
JOSÉ PABLO DI IORIO

COLABORADORES:  
DRA. PALOMA REGUERAL Y SR. MARTÍN TESTA

E D I C I O N E S

Fundación  Sanatorio Güemes

## AUTORES

### **Carlos Javier Regazzoni**

Doctor en Medicina, especialista en medicina interna, ex-subsecretario de desarrollo social de la Ciudad de Buenos Aires, ex-vicepresidente ejecutivo de la Obra Social de la Ciudad.

### **Lidia M. R. Garrido Cordobera**

Doctora en Derecho de la U.B.A. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Directora del Seminario sobre "La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual", de proyectos de investigación. Evaluadora de la Agencia Nacional, Conicet, Coneau y Universidades Nacionales.

### **José María Monzón**

Profesor Regular Adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho e Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

### **Natalia Eva Torres Santomé**

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Doctoranda en Derecho con orientación en Derecho Privado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Miembro del Seminario Permanente de Daños "Problemática de los Daños en la Sociedad Actual", del Instituto Ambrosio Gioja, de la Universidad de Buenos Aires.

### **Roberto Andorno**

Investigador en el Instituto de Ética Biomédica de la Universidad de Zurich, Suiza.

### **Eduardo A. Pigretti**

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, especializado en Recursos Naturales. Profesor titular consulto de la Universidad de Buenos Aires.

### **Luciana B. Scotti**

Abogada egresada con Medalla de Oro en la Universidad de Buenos Aires. Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magister en Relaciones Internacionales (U.B.A.). Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, U.B.A. Coordinadora y profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado y del Programa de Actualización en "Derecho de los Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo" (Facultad de Derecho, U.B.A.). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Directora del Proyecto DECyT "Obstáculos, Deficiencias y Retos Institucionales del Mercosur". Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

### **José Pablo Di Dorio**

Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Becario de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Especialista en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

**Ricardo Emilio Franceschelli**

Ingeniero por el ITBA y por la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Mar del Plata. Especialista en Seguridad e Higiene en el Trabajo por la U.B.A. Gerente de Ingeniería en diversas organizaciones hospitalarias. Responsable técnico de la implementación del primer Sistema de Gestión Ambiental certificado internacionalmente para un Hospital privado de alta complejidad. Presidente de la Asociación Argentina de Arquitectura e Ingeniería Hospitalaria. Socio Gerente de la consultora EGS (Equipo de Gestión Sustentable) dedicada exclusivamente a consultoría en el sector Salud.

**Nieves Di Iorio**

Licenciada en Ciencias Ambientales. Corresponsable de la implementación del primer sistema de gestión ambiental certificado internacionalmente en Argentina para un Hospital privado de alta complejidad en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Socio gerente de la consultora de Salud EGS (Equipo de Gestión Sustentable). Expositora frecuente en Seminarios, Jornadas y Talleres vinculados a la temática medioambiental en Centros de Salud.

**Laura Pérez Bustamante**

Directora del Posgrado de Derecho del Consumidor Profundizado e investigadora de la Universidad de Buenos Aires.

**Juan Manuel Prevot**

Abogado especialista en derecho de daños. Docente Adjunto de Derecho civil II (Obligaciones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos (UCU).

**Mónica Casares**

Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Seminario Permanente de Daños "Problemática de los Daños en la Sociedad Actual", del Instituto Ambrosio Gioja, de la Universidad de Buenos Aires.

**Sergio Sebastián Barocelli**

Abogado U.B.A. Profesor en Ciencias Jurídicas. Posgrado Programa de Actualización en Derecho de los Contratos (U.B.A.). Curso de Actualización en Contratos (U.B.A.). Ex profesor adjunto interino de la asignatura Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Webmaster Portal Académico de la Facultad de Derecho de la U.B.A., con jerarquía de jefe de trabajos prácticos interino de Contratos Civiles y Comerciales.

**Ricardo D. Rabinovich-Berkman**

Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Filosofía del Derecho. Titular de Cátedra de la U.B.A., la Universidad de Belgrano, la USal y la UNLZ. Director de la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho, U.B.A. Director de la Carrera de Posgrado en Ciencias Forenses (Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina). Doctor "honoris causa" de la Universidad San Pedro (Perú). Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo (Brasil). Miembro del Directorio del Consejo Académico de Ética en Medicina (Academia Nacional de Medicina, Argentina). Miembro correspondiente de la Academia Portuguesa de Historia. Miembro honorario del Instituto de Bioética y Derechos Humanos de la Lubelska Szkoła Wyzsza w Rykach (Polonia). Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina).

**Laura Gázquez Serrano**

Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Granada.

**Magdalena Beatriz Giavarino**

Abogada. Mediadora. Especialista en Derecho Procesal Profundizado. Asesora general tutelar adjunta de Incapaces, Ministerio Público, Poder Judicial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Directora del Programa de actualización en Salud Mental y Derecho de la U.B.A.

**María Delia Pereiro de Grigaravicius**

Doctora de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Civil. Tesis propuesta para el Premio Facultad. Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

**Domingo Bello Janeiro**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia.

**Julián Emil Jalil**

Secretario de Cámara. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho de Daños en la U.B.A. Posgraduado en Derecho de los Contratos en la U.B.A. (anual). Posgraduado en Responsabilidad Civil en la Universidad Abierta Interamericana (anual). Posgraduado en Derecho de la Salud en la U.B.A. (bianual). Carrera docente completa en la U.B.A. Profesor del Posgrado en Derecho de los Contratos de la U.B.A. Ex profesor del Curso Profundizado de Daños y Contratos dictado en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF-UAJ). Ex profesor en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor adjunto de la Universidad Abierta Interamericana, en la cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales. Profesor ayudante en la cátedra Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Profesor adscripto de la Universidad de Morón, en la cátedra de Derecho Civil III. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Coordinador del Posgrado de Contratos de la Facultad de Derecho de la U.B.A. dirigido por Ricardo Lorenzetti. Ex subdirector del Curso Profundizado de Daños y Contratos dictado en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF-UAJ). Disertante en varios foros académicos. Ponente en las XX y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Autor de una obra jurídica y de más de 40 artículos publicados en revistas de especialidad. El presente trabajo se encuentra dedicado a los Dres. Horacio del Riego, Javier del Riego, Gabriel Ascúa, José Habbib, Miguel Habbib y Daniel Grilli, fieles ejemplos del bienaventurado y correcto arte del buen curar, distinguidos galenos que se han subsumido en la misteriosa misión de dedicar su vida al servicio protectorio de sus semejantes. Valga la presente investigación en homenaje a su loable quehacer.

**Walter Krieger**

Doctorando en Derecho Privado (UCES). Profesor adjunto de Civil III - Contratos (UCA). Miembro del Seminario de Investigación Permanente "La problemática de los Daños en la Sociedad Actual" (Inst. Gioja - U.B.A.).

**Ricardo Adrián Parra**

Doctorando en Derecho Privado (UCES). Jefe de trabajos prácticos de la U.B.A., Cátedra de Contratos Civiles y Comerciales a cargo del Prof. Dr. Luis F. P. Leiva Fernández. Miembro del Seminario de Investigación Permanente "La problemática de los Daños en la Sociedad Actual" (Inst. Gioja - U.B.A.).

| <b>ÍNDICE</b>   | <i>Pág.</i> |
|---|-------------|
| Prólogo<br><b>Prof. Dr. Fortunato Benaim</b>                          | 9           |
| .....   |             |
| Introducción  | 11          |
| .....   |             |
| Capítulo 1<br><b>El Derecho a la Salud</b>                            | 15          |
| .....   |             |
| Capítulo 2<br><b>Salud, Integración y Cuestiones Ambientales</b>      | 91          |
| .....   |             |
| Capítulo 3<br><b>El Consumidor frente a la Protección de la Salud</b> | 159         |
| .....   |             |
| Capítulo 4<br><b>El Consentimiento Informado</b>                      | 225         |
| .....   |             |
| Capítulo 5<br><b>La Responsabilidad Médica</b>                        | 287         |





## PRÓLOGO

El derecho a la salud puede considerarse el más importante de los derechos humanos, pues sin ella no pueden desarrollarse las actividades que cada uno asume en la sociedad en que vive.

Su cuidado no está solamente en manos de los médicos y de los sistemas para la atención de la enfermedad que cada país adopte: temas como la pobreza, la desnutrición, la falta de servicios sanitarios (agua potable-cloacas), el cuidado del medio ambiente, tienen directa incidencia sobre la salud de la población, sin tener relación directa con la atención médica.

Por otro lado, los aspectos jurídicos que originan las demandas por mala práctica, constituyen un capítulo de permanente controversia al interpretarse cada caso, pues cada uno de ellos presenta matices diferentes y la jurisprudencia no ha sido uniforme.

El libro *Salud y Conciencia Pública*, que presenta el Dr. Carlos J. Regazzoni con la dirección de la Dra. Lidia Garrido Cordobera y la coordinación del Dr. José Pablo Di Iorio, encara los distintos enfoques que el cuidado de la salud plantea en la actualidad.

Un conjunto de destacados profesionales, aportan su experiencia para ofrecer minuciosa información sobre los aspectos jurídicos, bioéticos y asistenciales, vinculados al amplio y complejo tema del cuidado de la salud, en el que están involucrados no solo los profesionales del arte de curar, sino también los funcionarios responsables de la Salud Pública y de los otros factores que inciden en ella.

Solo mencionar los títulos que encabezan cada una de las secciones que componen el contenido del libro, ilustra sobre la diversidad de los temas que en él se abordan. El "Derecho a la Salud"; "Salud Integración y Cuestiones Ambientales"; "El Consumidor frente a la protección de la Salud"; "El Consentimiento Informado" y la "Responsabilidad Médica", demuestran la inquietud por aportar información que, avalada por la experiencia de cada uno de los autores, permite ofrecer al lector un material valioso para satisfacer su necesidad de conocimiento.

Considero que esta obra es una inestimable ayuda para todos los profesionales que ejercen la medicina y los letrados vinculados al tema, pues contiene en cada uno de sus capítulos interesantes respuestas a los cuestionamientos jurídicos, bioéticos y sociales que por su directa relación con el acto médico, deben ser por ellos conocidos.

Estimo que estos argumentos son suficientes para recomendar que este libro debe formar parte de las bibliotecas de todos los profesionales vinculados al ejercicio de la medicina, y seguramente será de permanente consulta.

**Prof. Dr. Fortunato Benaim**



## INTRODUCCIÓN

### Dr. Carlos Javier Regazzoni

Hacia finales del siglo XX pareció cumplida la profecía de Martin Heidegger respecto de la “reversión” en la relación entre hombre y técnica. La técnica, inusualmente, pasaría a dialogar con el hombre con pretensiones de autonomía. En una inolvidable entrevista que le hiciera *Der Spiegel*<sup>1</sup> en 1960, señalaba el polémico filósofo que “a lo largo de los últimos treinta años se ha hecho cada vez más claro que el movimiento planetario de la técnica moderna es un poder cuya capacidad de determinar la historia apenas puede apreciarse”. Y con gran agudeza añadía que era “una cuestión decisiva cómo podría coordinarse un sistema político con la época técnica actual”. La coordinación entre avance científico y sistema político es crucial, básicamente porque la organización social existe en tanto que algún modo de acuerdo entre los individuos condiciona al menos parte de su comportamiento, en una dirección definida. Y esa dirección o sentido social, frente a las exigencias de autonomía de la técnica, vendrá dictada o bien por esta, o bien por la política. Pero en cualquier caso terminará por materializarse en una norma. Y es ahí donde entra en juego el derecho. Frente a la entidad de la técnica se alza la entidad del hombre que clama por sus derechos, y el debate es inevitable. En última instancia, estas diferencias se radicalizan en lo jurídico.

Este dilema no se ha mostrado con tanta claridad en ninguna disciplina como en el caso de la medicina y de aquellos saberes orientados hacia la salud del individuo. La medicina comenzó a aplicar tecnologías surgidas de la investigación científica para entender la dinámica propia del padecer humano e intentar modificar su curso. Pero conforme evolucionaba la revelación de su poder, la medicina científico-técnica se inició en caminos orientados ya no a la resolución del padecer humano, sino a la modificación de la propia vida humana. Sin embargo, la tecnología expone sus deficiencias para asumir el cometido propuesto. Porque desde la ciencia y la tecnología puras “el paradigma hoy emergente es el de la incertidumbre”<sup>2</sup>; lejos de crear certezas sobre las cuales construir, “en el juego de acciones-reacciones y múltiples interdependencias instituido por el pluriverso tecnológico de la red global, la ciencia ya no aumenta el poder sino que aumenta el coeficiente de riesgo, incertidumbre y contingencia de las decisiones”.

Pero así como la medicina instituyó de manera singular los dilemas y sus incertidumbres más acuciantes sobre la propia condición humana en el trance perentorio de la salud y la enfermedad, de igual forma el derecho mostró ser la arena pro-

---

<sup>1</sup> HEIDEGGER, Martin. *La autoafirmación de la universidad alemana*. Madrid, 1996, pp. 68-69.

<sup>2</sup> “Nostalgia del presente”, en MARRAMAO, Giacomo. *Pasaje a Occidente*. Buenos Aires: Katz, I, 2006, p. 37.

picia para debatir las imprescindibles certezas que la sociedad humana reclama frente al paradigma científico. Ante al accionar pretendidamente autónomo de la tecnología, lo único que el individuo posee para sostener su propia e innegociable autonomía son sus derechos y obligaciones, tanto individuales como colectivos. No podemos afirmar que la única determinación de la globalización provenga de la expansión científico-técnica. Sin embargo, no dudaremos en decir que los rasgos más esenciales de la globalización provienen del estado de desarrollo de la ciencia. Y si reconocemos este vínculo sustancial entre globalización y desarrollo científico-técnico, igualmente tendremos que admitir que desde el interior mismo del fenómeno de globalización surge cada vez con más fuerza una idea central que “demanda ser humanizada, ser controlada de algún modo”<sup>3</sup>. Y la primera humanización pasa por la identificación de algunas respuestas en medio de la creciente incertidumbre. Porque los hombres y mujeres concretos no pueden aceptar las vacilaciones como única devolución a sus interrogantes individuales y colectivos. Como dice Camus, el absurdo “nace de esta confrontación entre la llamada del hombre, y el silencio inexplicable del mundo”<sup>4</sup>. La falta de respuesta de la medicina hacia los interrogantes que su propia técnica crea, amenazan con volverla absurda. Igualmente, la falta de respuesta por parte del orden político a las demandas de la población, corre el riesgo de sumir a la ciudadanía en el absurdo. Y la primera respuesta que los hombres requerimos para nuestra comunidad es un valor común. Porque, como escribe Camus: “Si los hombres no pueden referirse a un valor común, reconocido por todos y por cada uno, entonces el hombre es incomprendible al hombre”<sup>5</sup>; y continúa: “sin ese principio, el desorden y el crimen reinarán sobre la tierra”. Este libro pretende, desde el eclecticismo de autores y posturas, dar algunas respuestas a los interrogantes que el campo de la salud plantea al orden social actual. Los silencios de la creciente incertidumbre se poblarán con voces que desde el privilegiado proscenio del derecho y lo jurídico, generarán intentos de respuesta a nuestros interrogantes.

En primer lugar, reivindicando el derecho a la salud como un derecho humano, esa realidad humana que a veces la técnica médica, subsidiada por los intereses del mercado, intenta vulnerar. Georges Canguilhem escribió que “un organismo es un modo de ser totalmente excepcional debido a que entre su existencia y su ideal, entre su existencia y su regla o norma, no hay, estrictamente hablando, diferencia (...) la norma o regla de su existencia está dada en su existencia misma (...) la finalidad del organismo es interior a este y, por consiguiente, el ideal que se debe restaurar (cuando este enferma) es el organismo en sí”. Evidentemente, esta es como la regla de oro que la medicina tiene frente a sí cuando debe actuar

---

<sup>3</sup> HASSNER, Pierre. *Le rôle des idées dans les relations internationales, Politique Etrangère*, 3-4/2000, pp. 687-702.

<sup>4</sup> CAMUS, Albert. “Les murs absurdes”, en *Le mythe de Sisyphe*, p. 46.

<sup>5</sup> CAMUS, Albert. “La révolte métaphysique”, en *L’homme révolté. Op. cit.*, p. 41.

sobre el enfermo; hay algo perdido que debe restaurar, existe un algo debido al mismo ser humano, que le ha sido negado a este concreto humano sufriente. Pero la finalidad de la sociedad no goza de este privilegio. El mejor orden social plantea uno de los problemas capitales de la existencia humana, y desde “que el hombre vive en sociedad, todo el mundo discute sobre el ideal de la sociedad”.<sup>6</sup> La regla, el modo de ser que hace posible la vida de un organismo vivo se halla internalizada en su vida misma; pero la “vida de una sociedad no es inherente a ella misma”. No basta con que los hombres existan juntos para que generen una sociedad justa –hecho que se opone a la naturaleza viviente, la cual solo existe si es acorde a su naturaleza–, y en ello consiste su justicia.

Esta dificultad para encontrar los modelos a seguir para una sociedad justa nos llevará a la cuestión de las obligaciones universales, hecho que nos introduce en la esencia misma de la vida común. Porque, como afirma Espósito, una comunidad “es el conjunto de personas a las que une, no una propiedad, sino justamente un deber o una deuda”<sup>7</sup>; “un deber une a los sujetos de la comunidad –en el sentido de *te debo algo pero no me debes algo*–”. Un deber desinteresado, que lo distingue así del deber contractual o comercial. Aquello que caracteriza a lo común, lejos de ser un “algo” de “todos”, es una “desapropiación que inviste y descentra al sujeto propietario, y lo fuerza a salir de sí mismo”. Los sujetos de la comunidad son “sujetos de la ausencia de lo propio”. Lo común es una enajenación de lo propio, es un espacio de extrusión del sujeto hacia fuera, que se conforma con la entrega de todos en función de todos.

La cuestión de los derechos y obligaciones que se entrelazan en el derecho a la salud serán examinados en las situaciones más complejas de la existencia humana, en sus orígenes, como el caso del nacimiento, o en sus componentes fundamentales, como las células madre.

Pero los hombres no estamos solos. El individuo aislado de su comunidad existe únicamente en la razón. Por ello trataremos de la salud como derecho universalizado, y su lugar en la agenda de integración regional de América Latina. La acuciante cuestión del medioambiente, que al margen de sus innegables repercusiones económicas posee muy serias consecuencias para la salud de las personas, servirá como modelo para discutir desafíos transnacionales a la salud de los individuos, creados por la actividad humana, y cuya resolución convoca necesariamente a grandes bloques continentales.

Ahora bien, la salud como realidad social no solo tiene lugar en el seno de una comunidad internacional cada vez más interrelacionada, sino que sucede en el seno de un mercado. Como actividad humana, es el centro de poderosas fuer-

---

<sup>6</sup> CANGUILHEM, Georges. “El problema de las regulaciones en el organismo y la sociedad” en *Escritos sobre la medicina*. Madrid: Amorrortu, n. 5, 2004, p. 105.

<sup>7</sup> ESPÓSITO, Roberto. “Nada en común” en *Communitas. Origen y destino de la comunidad*. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 29.

zas económicas que la están llevando a una situación de criticidad nunca antes vista. Si los Estados Unidos o el Reino Unido acometen reformas de su sistema sanitario, si la última crisis económica ha puesto en tela de juicio los sistemas de bienestar social más robustos de Europa, esto significa que las relaciones entre salud y mercado están en pleno proceso de cambio. Y el resultado de la metamorfosis será decisivo para muchas economías en todo el planeta, y para el mundo del trabajo en general.

El libro hubiera quedado gravemente incompleto de no haber incluido discusiones sobre la cuestión más propia de la relación médico-paciente: la relación de confianza entre el médico y el enfermo –materializada en la confidencialidad–, el consentimiento informado, el paciente menor y vulnerable, y la responsabilidad profesional. Salud y enfermedad son dos situaciones humanas extremas, que llevan al límite de su resistencia a otros dos extremos de la relación humana: necesidad y ayuda<sup>8</sup>. Es esta última la que representa la forma más elemental de asociación humana.

Queda agradecer a los autores, todos expertos de sólida trayectoria en sus respectivas disciplinas y cuyo aporte nos honra. Especialmente debemos agradecer a la Dra. Lidia Garrido Cordobera, persona de singular sensibilidad humana, y al Dr. José Pablo Di Iorio, eje material del esfuerzo de la presente publicación. La medicina es un asunto muy serio, y toda su gravedad le viene de la particular posición en que coloca al hombre, como necesitado de otros para sobrevivir, y como llamado por una altísima vocación para servir. Esta dinámica pone de manifiesto asimismo, como ningún otro signo clínico, los aspectos más esenciales de la vida en común: la conciencia de lo público como lugar de encuentro de obligaciones mutuas.

---

<sup>8</sup> VON GEBSATTEL, E. Freiherr. "Necesidad y ayuda", en *Antropología médica*. Madrid: Rialp, 1966.

# CAPÍTULO 1

## EL DERECHO A LA SALUD

### LA GLOBALIZACIÓN, LA SALUD Y EL INDIVIDUO

**Dr. Carlos Javier Regazzoni (\*)**

#### 1. INTRODUCCIÓN

La literatura médica debate actualmente las influencias de la globalización sobre la salud. Quienes estamos directamente relacionados con el campo de la salud advertimos una profunda transformación, cuya verdadera naturaleza no alcanzamos a describir, pero de cuya fascinación tampoco podemos escapar. Y probablemente la globalización ejerza tal atracción sobre el mundo de la salud, porque somos en gran medida responsables directos de lo que vemos.

El mundo se transforma y reclama condiciones de salud. Consecuentemente, la sociedad se organiza para desarrollar tareas que abarcan desde la investigación hasta la aplicación de técnicas de conservación y mejoramiento de la salud, y para ello convoca a disciplinas y recursos diversos. La humanidad gasta más en salud que en hacer la guerra, educarse, o divertirse, hecho que pone de manifiesto nuestro poderoso vínculo con lo médico. Emerge naturalmente así la pregunta por las relaciones entre salud, y contemporaneidad o globalización: ¿hay una nueva salud porque hay un nuevo mundo? Entender el fenómeno equivale a comprender la contemporaneidad misma. De lo contrario, la propia noción de salud se escapa.

#### 1.A. Una idea sobre la globalización

Hoy llamamos a la Tierra, nuestro “mundo”. No siempre fue así. En algún momento de la historia, pero no antes, las ideas de “planeta” (noción astronómica) y “mundo” (concepto más bien temporal), coincidieron. Los latinos llamaban *saeculo* (siglo) al mundo, que significaba “tiempo del hombre”. Y en el inglés primitivo, *world* (mundo) se formaba con las palabras *wer* y *ald* (*werald*), “hombre” y “edad”

---

(\*) *Doctor en Medicina, especialista en medicina interna, ex-subsecretario de desarrollo social de la Ciudad de Buenos Aires, ex-vicepresidente ejecutivo de la Obra Social de la Ciudad.*



respectivamente.<sup>9</sup> El mundo es la porción de existencia que pertenece al hombre como protagonista. La globalización o mundialización no es otra cosa que –por primera vez en la historia y gracias a una tendencia demográfica y a otra tecnológica– el otorgamiento de “investidura simbólica” a todo el orbe<sup>10</sup>, subordinándolo a las finalidades del hombre. Es el cambio más radical de la sociedad. Significa avanzar hacia una sociedad única, solo posible por la comunicación. Evidentemente no todo se unificó. Pero sí, y por primera vez, algo significativo se unificó a escala planetaria. En esencia “globalización” es “interdependencia global”<sup>11</sup>, por ser el advenimiento de una sociedad mundial, debido a la posibilidad ofrecida por las tecnologías de la información por un lado y la intervención excepcional del animal humano sobre la naturaleza, por el otro. Hacemos cosas que involucran a todos, y todos nos enteramos.

Ahora bien, no solo se transforma la sociedad humana; también lo hace la organización política misma. El Estado deja de ser el centro de todas las aspiraciones y es confinado a “constituirse en mediador”<sup>12</sup> (aunque indispensable) entre sus aspiraciones como realidad política, las del mundo como comunidad global y las de sus habitantes, progresivamente convertidos en “hombre universal” independiente. El mundo se cubre con dos tendencias que reclaman ordenarlo. Son el orden político, que busca establecer lo común, y en este caso los recursos naturales y el conocimiento científico-técnico se han constituido en dos grandes “comunes” a politizar, y el orden humanitario, cuyo centro será ya el individuo, bajo los aspectos de beneficio, libertad, y respeto.<sup>13</sup>

Pero la globalización, como destino humano-tecnológico<sup>14</sup>, pone en el centro de los problemas la cuestión de la duración del hombre. De ahí la relevancia de lo médico. El proceso va en camino de acelerarse, cambiando la vida de millones de personas.<sup>15</sup> Consiguientemente se profundizará la internacionalización de los mercados de bienes, servicios y trabajo. Se acentuará la interdependencia de los Estados y la independencia del individuo. Y la transformación de las personas, de la naturaleza y de la organización política y social, tendrá impensadas repercusiones sobre la salud poblacional, y las políticas hacia ella dirigidas.

---

<sup>9</sup> LEWIS, C.S. “World”, en *Studies in Words*. Cambridge: University Press, 1996, pp. 214-268.

<sup>10</sup> MARRAMAIO, Giacomo. “Mundus”, en *Pasaje a Occidente*. Buenos Aires: Katz, 2006, p. 17.

<sup>11</sup> BRZEZINSKI, Zbigniew. *El dilema de EE.UU.* Barcelona: Paidós, 2005, p. 13.

<sup>12</sup> PIERRE, Hassner. *Le rôle des idées dans les relations internationales*, *Politique Etrangère*, 3-4/2000, pp. 687-702.

<sup>13</sup> PIERRE, Manent. “La condition politique de l’homme et l’unité du genre humaine”, en *Cours familier de philosophie politique*. París: Gallimard, 2001, p. 341.

<sup>14</sup> BONIFACE, Pascal. “La mondialisation: réalités et limites”, en *Le monde contemporain: grandes lignes de partage*. París: Presses Universitaires de France, 2001, p. 7 y ss.

<sup>15</sup> “Development, Concepts and Doctrine Centre (DCDC)”, UK’s Ministry of Defence, *Strategic Trends*, 2007-2035, London, 2007.

## 1.B. La medicina hasta hoy

Corresponde entonces reflexionar brevemente sobre la medicina. Intentar definirla es un desafío monstruoso. Pero sí repetiremos aquel ejercicio que utilizara Carl Schmitt para la política. Propuso el filósofo que cualquier disciplina podía ser definida por un binomio que cerraba su órbita significativa.<sup>16</sup> Belleza y fealdad encuadraban la estética, ser y nada, la metafísica, amigo y enemigo, la política; aceptaremos que “salud y enfermedad” definen claramente el campo de lo médico (o, como se dice hoy para referirse a su dimensión social, la salud). Ambos términos entrañan una extraordinaria complejidad, aunque gozan de una no menos sorprendente proximidad. Porque todos “experienciamos” (si se me permite el neologismo) lo sano y lo enfermo, y la díada enmarca el drama de toda vida.

Pues bien, nos encontramos en medio de un proceso que ha sido descrito como “la paradoja de la salud”.<sup>17</sup> Existe una inequívoca discordancia entre el mejoramiento de parámetros objetivos de salud en la sociedad y el deterioro paralelo de la sensación subjetiva de bienestar físico entre la población. Enfrentamos una medicina cada vez más curativa, pero cada vez menos sanadora, si por lo primero entendemos la desaparición objetiva de un proceso patológico, y por lo segundo, el bienestar y la plenitud propios de quien afronta la vida con fuerza y armonía. Parecería que la medicina se hace cada vez más para ella misma, en términos de dominio de la tecnología y de la ciencia, y cada vez menos para la necesidad del otro. El problema existe y muchos centros de excelencia han comenzado a reflexionar sobre ello. Se intenta activamente volver a las humanidades en medicina<sup>18</sup>, incorporar nociones de contexto en la atención médica<sup>19</sup>, incluso enseñar literatura a los futuros profesionales.<sup>20</sup>

Sin embargo, la contradicción posee raíces distintas al supuesto alejamiento entre ciencias y humanidades. En realidad tiene que ver con la dinámica de la propia ciencia en general, y de la ciencia médica en particular. Una de las mentes más lúcidas en este sentido se preguntó si la sociedad es la que estaba volviendo enferma a la gente<sup>21</sup>; y se respondió que la medicina hoy debería intentar curar a la

---

<sup>16</sup> SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Humblot, 2000.

<sup>17</sup> BARSKY, J.A. “The Paradox of Health”, en *N Engl J Med*, 1988, n. 318, pp. 414-8.

<sup>18</sup> MORRIS, K. “Muse Calling Medics: New UK Focus on Humanities in Medicine”, en *Lancet*, 1999, n. 354, p. 1651.

<sup>19</sup> DI BLASI, Zeldá; HARKNESS, Elaine; ERNST, Edzard; GEORGIU, Amanda; KLEIJNEN, Jos. “Influence of Context Effects on Health Outcomes: a Systematic Review”, en *Lancet*, 2001, 357, pp. 757-62.

<sup>20</sup> SKELTON, J.R; MACLEOD, J.A.A, THOMAS, C.P. *Teaching Literature and Medicine to Medical Students, part II: Why Literature and Medicine?*, en *Lancet*, 2000, n. 356, pp. 2001-2003.

<sup>21</sup> MARMOT, M. “Health in an Unequal World”, en *Lancet*, 2006, n. 368, pp. 2081-2094.

sociedad. Crisis de lo médico y cambios sociales globales, entonces, invocan un nuevo paradigma de la salud.

### 1.C. Los cambios de la salud con la globalización

Con la globalización cambió la sociedad, el medio ambiente y la política, lo que impuso un nuevo paradigma sanitario. Respecto del cambio social, crece la convicción de que los principales determinantes de la salud y la enfermedad son sociales.<sup>22</sup> Es poco entonces lo que puede hacer el sistema de salud con cuestiones médicas cuya raíz está en la conducta.<sup>23</sup> Tabaquismo, consumo de alcohol, accidentes vehiculares, abuso de drogas, obesidad, sedentarismo, y otros, son ejemplos de lo que decimos. Estas conductas se globalizan por la comunicación, el mercado, las migraciones poblacionales, y otros movimientos globalizantes. Se modifican entonces los patrones de enfermedad y curación.<sup>24</sup> Además, la comunicación explicita desigualdades, pobreza y otras situaciones inicuas que apelan a la sensibilidad moral global.

Por otro lado, la actividad humana transformó el planeta, y en algunos aspectos creó problemas cuya solución reclama acciones globales. Se estima que podrían prevenirse 13 millones de muertes anuales de lograrse un medio ambiente más saludable. En algunos países los efectos de la polución ambiental, la utilización de leña para cocinar y calefaccionarse, y los problemas de agua, causan un 10% de todas las muertes. En China, estaríamos hablando de 2,3 millones de muertes anuales.<sup>25</sup>

Pero con la globalización cambió también la política. Crece el peso de la ayuda internacional, las regulaciones internacionales, los acuerdos de mercado, los intereses multinacionales y los grupos de presión globales sobre la organización local de los sistemas de salud.

Estos cambios asociados al proceso de globalización afectan la posición de la salud desde un punto de vista moral, científico y político, como sintetizó en un borrador la Oficina del Cirujano General del Departamento de Estado de los Estados Unidos.<sup>26</sup> Frente a estos problemas globales, tres razones nos impelen a actuar. La primera razón para un compromiso con los problemas globales de

---

<sup>22</sup> PRITCHETT, Lant; SUMMERS, Lawrence H. "Wealthier is Healthier", en *J Hum Res*, 1996, n. 31, pp. 841-868.

<sup>23</sup> SCHROEDER, Steven A. "We Can Do Better - Improving the Health of the American People", en *N Engl J Med*, 2007, n. 357, pp.1221-1228.

<sup>24</sup> WILKINSON, Richard; MARMOT, Michael. *Social Determinants of Health: The Solid Facts*. Denmark: WHO, 2003, 2a edición.

<sup>25</sup> *The Lancet (Editorial)*. *The Environment's Impact on Health*, *Lancet*, 2007, n. 369, pp. 2052.

<sup>26</sup> U.S. DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES. *Office of the Surgeon General. The Surgeon General's Call to Action on Global Health 2006, DRAFT May 19, 2006.*

salud, es moral. Nadie puede ignorar las desigualdades en salud y el sufrimiento de otros seres humanos. La segunda razón es de orden práctico. Los problemas ambientales, los efectos de las migraciones, las regulaciones internacionales, las reglas del mercado y la economía, todos reclaman cooperación internacional. La tercera razón es estratégica; aquí se define el estatus moral de un país. Surge así el concepto de *Global Health*, que podríamos traducir como “salud y globalización”, o más audazmente, como “salud mundializada”, que no sería otra cosa que la nueva salud pública<sup>27</sup>, surgida ante el reconocimiento de los nuevos bienes públicos globales.<sup>28</sup>

## 2. PROBLEMAS DE LA SALUD GLOBAL

En un abordaje más sistemático, seis observaciones obligan a una mirada globalizada de la salud.<sup>29</sup> Primero, las pandemias (Sida, gripe o dengue) que no respetan fronteras políticas. Segundo, las enfermedades crónicas (enfermedad coronaria y cáncer), condicionadas por estilos de vida globalizados. En tercer lugar, la organización de los servicios de salud en sistemas de interdependencia global por los flujos de información, regulaciones y demandas sociales. Cuarto, la fuerza de trabajo se convierte en un recurso globalizado. Quinto, el medio ambiente afecta la salud humana y sus cambios son globales. Por último, agregaremos la globalización del reclamo social.

### 2.A. Pandemias

Ciertas pandemias amenazan al mundo. Las más importantes son el Sida, la malaria, la gripe, y el dengue. Respecto del Sida, actualmente unas 34 millones de personas lo padecen mundialmente, de las cuales 2,5 millones tienen menos de 15 años de edad. Durante 2009 se infectaron 2,9 millones de personas nuevas y murieron 1,8 millones. Del total de casos, el 70% ocurre en África (22 millones).

---

<sup>27</sup> KICKBUSCH, Ilona y DE LEEUW, Evelynne (Editorial). “Global Public Health: Revisiting Healthy Public Policy at the Global Level”, en *Health Promotion International*, Vol. 14, diciembre 1999, n. 4, pp. 285-288.

<sup>28</sup> SMITH, Richard D.; MACKELLAR, Landis. “Global Public Goods and the Global Health Agenda: Problems, Priorities and Potential”, en *Globalization and Health* 2007, 3:9 doi:10.1186/1744-8603-3-9.

<sup>29</sup> FRIED, Linda P.; BENTLEY, Margaret E.; BUEKENS, Pierre; BURKE, Donald S.; FRENK, Julio J.; KLAG, Michael J., SPENCER, Harrison C. “Global Health is Public Health” en *Lancet*, 2010; 375: 535-537.

Por día hay 7000 nuevos infectados en todo el mundo, el 97% en países pobres, de los cuales uno de cada siete es infantil.<sup>30</sup>

La malaria es una enfermedad causada por dos parásitos (*Plasmodium falciparum*, y *Plasmodium vivax*), vehiculizados por el mosquito *A. Gambiae*, propio de climas tropicales. El parásito en la sangre rompe los glóbulos rojos, obstruye pequeños vasos sanguíneos y activa la respuesta inflamatoria del organismo.<sup>31</sup> La malaria produce 1.000.000 de muertes anuales en todo el mundo, el 90% de ellas en África. Muere una persona de malaria cada 30 segundos.<sup>32</sup> Su presencia se relaciona con la pobreza<sup>33</sup>; los países afectados crecen menos que el promedio (un 0,4% por año contra el 2,3%). La malaria se soluciona drenando el agua estancada y combatiendo al mosquito. Nuestro país ha sido un caso exitoso en este sentido, durante la primera presidencia de Perón.<sup>34</sup>

La gripe (influenza) es una enfermedad infecciosa aguda causada por los virus influenza A, B, o C. Muy contagiosa, en los inviernos afecta anualmente a un quinto de la población mundial. El virus A presenta dos subtipos en humanos (H1N1 y H3N2). Son virus de alta transmisibilidad, que durante las epidemias pueden afectar al 10 o al 20 % de la población y ocasionar la muerte por neumonía y otras complicaciones. En 1997, la cepa A/H5N1 del virus Influenza comenzó a pasar de aves a humanos. La primera epidemia ocurrió en China y en Hong Kong con 18 infecciones (seis muertes). A mediados de 2003 el virus comenzó a circular ampliamente en la población de aves de corral del Sudeste Asiático. La Organización Mundial de la Salud (OMS) alertó en 2009 sobre varios centenares de casos humanos en México y los Estados Unidos, con no menos de 60 muertes. A partir de allí, la epidemia se mundializó con grados variables de letalidad. Su virulencia es grave y de repetirse lo que ocurrió en 1918, las muertes podrían llegar a los 90 millones.

Otra epidemia de gran magnitud es el dengue, una enfermedad viral transmitida por el mosquito *Aedes aegyptii*, vector asimismo de la fiebre amarilla.<sup>35</sup> El dengue produce fiebre, dolores óseos, y a veces complicaciones hemorrágicas serias y hasta mortales. La Organización Mundial de la Salud y el National Health Institute de los EE.UU. opinan que según la tendencia de los últimos 50 años, la epidemia

---

<sup>30</sup> UNAIDS. 2010 AIDS Epidemic updates (November 2010). <http://www.unaids.org/en/data-analysis/epidemiology/epidemiologyslides/>

<sup>31</sup> MILLER, L.H.; BARUCH, D.I.; MARSH, K.; DOUMBO, O.K. "The Pathogenic Basis of Malaria", en *Nature*, 2002, vol. 415, pp. 673-679.

<sup>32</sup> GREENWOOD, B.; MUTABINGWA, T. "Malaria" en *Nature*, 2002, vol. 415, pp. 670-672.

<sup>33</sup> SACHS, J.; MALANEY, P. "The Economic and Social Burden of Malaria" en *Nature*, 2002, vol. 415, pp. 680-685.

<sup>34</sup> CARTER, Eric D. "God Bless General Perón: DDT and the Endgame of Malaria Eradication in Argentina in the 1940s" en *Journal of the History of Medicine*, 2009, n. 64, pp. 78-122.

<sup>35</sup> WILDER-SMITH, Annelies; SCHWARTZ, Eli. "Dengue in Travelers" en *N Engl J Med*, 2005, n. 353, p. 924-32.

de dengue se agravará. Las causas de la aceleración se desconocen y el cálculo de infectados anuales asciende a 100 millones, con 500 mil casos hemorrágicos.<sup>36</sup> Sida, malaria, dengue y gripe, no son problemas de salud que puedan resolverse al margen de la cooperación internacional, por dos razones fundamentales: primero, los países más seriamente afectados carecen de recursos suficientes y deben ser ayudados por la comunidad internacional; segundo, las migraciones transnacionales constituyen un problema complementario para su diseminación.

## 2.B. Enfermedades crónicas y estilos de vida

De las 58 millones de muertes ocurridas en el año 2005, 35 millones fueron por enfermedades crónicas. La enfermedad cardiovascular sola causó 17 millones de muertes, mientras que el Sida, la malaria y la tuberculosis, juntas, se llevaron 5 millones de vidas en total. Las enfermedades crónicas más relevantes son: la aterosclerosis, que produce infarto del corazón, la angina de pecho, la insuficiencia cardíaca y el ataque cerebral. A ellas les sigue el cáncer, y por el envejecimiento, la demencia.

La demencia –el deterioro progresivo de las funciones mentales superiores (abstracción, memoria, etc.)<sup>37</sup> – ataca al 7% a los 65 años de edad, y llega al 40% en los mayores de ochenta.<sup>38</sup> Aunque indudablemente se asocia con la edad, la enfermedad no es consecuencia inevitable del envejecimiento.<sup>39</sup> En el mundo se estiman 25 millones de enfermos, y llegarán a superar los 80 millones en 2040. Esto representa un enorme sufrimiento y costos insostenibles para el sistema de salud. En los Estados Unidos, los costos de cuidados de pacientes con demencia suman cien mil millones de dólares al año por 4,5 millones de pacientes, y cincuenta y cinco mil millones de euros para los 5 millones de pacientes de la Unión Europea.

Capítulo aparte merece el cáncer. Los 11 millones de casos de cáncer diagnosticados en 2002 se convertirán en 17 millones hacia 2020, y 27 millones hacia el año 2050. Dos tercios de estos tumores incidirán en personas de países pobres. Pero como el cáncer es menos curable en los países pobres, eso significa que aproximadamente el 75% de sus muertes ocurrirán en el subdesarrollo. Ejemplo dra-

---

<sup>36</sup> MALAVIGE, G.N; FERNANDO, S.; FERNANDO, D.J; SENEVIRATNE, S.L. "Dengue Viral Infections" en *Postgrad Med J*, 2004, n. 80, pp. 588–601.

<sup>37</sup> TANZI, R.E. "A Genetic Dichotomy Model for the Inheritance of Alzheimer's Disease and Common Age-Related Disorders", en *Journal of Clinical Investigation*, 1999, vol. 104, n. 9, pp.1175-1179.

<sup>38</sup> SISODIA, S.S. "Alzheimer's Disease: Perspectives for the New Millennium", en *Journal of Clinical Investigation*, 1999, vol. 104, n. 9, pp. 1169-1170.

<sup>39</sup> MORRIS, J.C. "Is Alzheimer's Disease Inevitable with Age?" en *Journal of Clinical Investigation*, 1999, vol. 104, n. 9, pp. 1171-1173.

mático de esto son los tumores infantiles, con tasas de curación del 75% en países ricos frente a un 15% en los pobres.<sup>40</sup> Este problema aumentará su gravedad.

La enfermedad crónica en general se caracteriza, al igual que sus homólogas infecciosas, por ser prevenible mediante la intervención sobre factores de riesgo fuertemente vinculados al estilo de vida. Casi el 60% de la carga que la enfermedad impone sobre Europa es atribuible a 7 factores de riesgo<sup>41</sup>: hipertensión arterial (12,8%), tabaco (12,3%), alcohol (10,1%), colesterol sanguíneo elevado (8,7%), sobrepeso (7,8%), bajo consumo de frutas y vegetales (4,4%), y sedentarismo (3,5%). Resulta evidente entonces, que el estilo de vida actual y estos factores de riesgo, impactan sobre el desarrollo de enfermedades crónicas.

## 2.C. Sistemas de salud

La interrelación entre actores y bienes para producir salud, puede ser analizada mediante la teoría sistémica.<sup>42</sup> Partiendo de la premisa de que un sistema es un conjunto de elementos diferenciados que operan en función de un objetivo<sup>43</sup>, el sistema de salud es<sup>44</sup>, a diferencia de los sistemas naturales o los de diseño físico, un "sistema de actividades humanas". Y desde la "teoría de la complejidad", es un sistema complejo.<sup>45</sup> En él hay que considerar<sup>46</sup> recursos, procesos, resultados, contexto, relaciones temporales, interacciones y dinámica. La globalización afecta a cada una de estas partes del sistema de salud; su mismo diseño, la disponibilidad y entrenamiento del recurso humano, insumos médicos y equipamiento, y sus procesos, con la generación de conocimiento y regulaciones internacionales.

---

<sup>40</sup> CAVALLI, Franco. "Cancer in the Developing World: Can We Avoid the Disaster?", en *Nature Clinical Practice Oncology*, 2006, n. 3, pp. 582-583. [www.nature.com/clinicalpractice](http://www.nature.com/clinicalpractice) doi:10.1038/nponc0611.

<sup>41</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, EUROPE. "Tackling Europe's Major Diseases: the Challenges and the Solutions", en *Fact sheet, EURO/03/06, Copenhagen*, 11 de septiembre de 2006.

<sup>42</sup> TZION KARSH, Ben; ALPER, Samuel J. *Work System Analysis: The Key to Understanding Health Care Systems. Advances in Patient Safety, Vol. 2*, pp. 337-348.

<sup>43</sup> TROCHIM, William M.; CABRERA, Derek A.; MILSTEIN, Bobby; GALLAGHER, Richard S.; LEISCHOW, Scott J. "Practical Challenges of Systems Thinking and Modeling in Public Health" en *Am J Public Health*, 2006, n. 96, pp. 538-546.

<sup>44</sup> *The World Health Report 2000: "Health Systems: Improving Performance"*. Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2000. Report 924156198X.

<sup>45</sup> PLSEK, Paul E.; GREENHALGH, Trisha. "Complexity science. The Challenge of Complexity in Health Care", en *BMJ*, 2001, n. 323, p. 625.

<sup>46</sup> AHN, A.C; TEWARI, M.; POON, C.S; PHILLIPS, R.S. "The Limits of Reductionism in Medicine: Could Systems Biology Offer an Alternative?" en *PLoS Med*, 2006, 3(6): e208.

### 2.C.1. Diseño de los sistemas de salud

La globalización afecta el diseño de los sistemas de salud y crea corrientes de pensamiento y estereotipos de modelos, muchas veces atados a financiamiento y otros recursos, lo que condiciona a las naciones. Existe una tendencia mundial hacia la “reforma de los sistemas de salud”, promovida por el gasto fuera de control, por la presión de la tecnología, los reclamos sociales, y por los cambios en la forma de prestar servicios médicos. Se han ensayado múltiples modos de organización de la salud, con garantía de gratuidad en países pobres como Uganda<sup>47</sup>, o fondos manejados por el tercer sector en Camboya. México lleva adelante una profunda reforma de su sistema de salud<sup>48</sup>, al igual que Brasil. De fondo, el gran debate es el nivel de participación del sector privado<sup>49</sup>, y el rol deparado a la sociedad civil. Por otro lado, la mayoría de los expertos sostiene que la crisis global de salud no es un problema de recursos sino de gobernabilidad.<sup>50</sup>

### 2.C.2. Recurso humano en salud

El mundo enfrenta una preocupante crisis del recurso humano en salud.<sup>51</sup> El número de médicos y enfermeros ya resulta insuficiente. Los países desarrollados tendrán la mayor proporción de población envejecida y las condiciones laborales más atractivas atraerán enfermeras, médicos y otros cuidadores, desde países menos avanzados. Actualmente se estima que los hospitales de los Estados Unidos necesitan 126.000 enfermeras; además, el 90% de los institutos de internación para ancianos tiene problemas de falta de personal, y el desempleo entre los en-

---

<sup>47</sup> MEESEN, Bruno; VAN DAMME, Wim; TASHOBYA, Christine Kirunga; TIBOUTI, Abdelmajid. “Poverty and User Fees for Public Health Care in Low-income Countries: Lessons from Uganda and Cambodia” en *Lancet*, 2006, n. 368, pp. 2253–57.

<sup>48</sup> GONZÁLEZ-PIER, Eduardo; GUTIÉRREZ-DELGADO, Cristina; STEVENS, Gretchen; BARRAZA-LLORÉNS, Mariana; PORRAS-CONDEY, Raúl; CARVALHO, Natalie; LONCICH, Kristen; DIAS, Rodrigo H.; KULKARNI, Sandeep; CASEY, Anna; MURAKAMI, Yuki; EZZATI, Majid; SALOMON, Joshua A. “Priority Setting for Health Interventions in Mexico’s System of Social Protection in Health” en *Lancet* 2006, n. 368, pp. 1608–1618.

<sup>49</sup> HANSON, K.; GILSON, L.; GOODMAN, C; MILLS, A.; SMITH, R., et al. (2008) “Is Private Health Care the Answer to the Health Problems of the World’s Poor?”, en *PLoS Med* 5(11):e233. doi:10.1371/journal.pmed.0050233

<sup>50</sup> KICKBUSCH, Ilona (Editorial). “Tackling the Political Determinants of Global Health”, en *British Medical Journal*, 30 July, 2005, vol. 331, pp. 246-247, doi:10.1136/bmj.331.7511.246.

<sup>51</sup> FLEMING, Kevin C.; EVANS, Jonathan M.; CHUTKA, Darryl S. “Caregiver and Clinician Shortages in an Aging Nation”, en *Mayo Clinic Proceedings*, 2003, vol. 78, pp.1026-1040.



fermeros no llega al 1%. Para el año 2020, los Estados Unidos contarán con tan solo el 30% de las enfermeras que necesiten, y tendrán que importar 800.000. La tendencia disparará una fuerte migración del personal de salud, y su escasez en países pobres.

### **2.C.3. Insumos y medicamentos**

La innovación tecnológica en medicamentos, insumos médicos y equipamiento, ha tenido resultados extraordinarios sobre la salud de la población. Sin embargo, la producción de estos bienes se concentra en ciertos países muy innovadores, que luego distribuyen sus productos a naciones más pobres, las cuales presentan problemas de salud más serios. Esto crea una dinámica de dependencia agravada por la legislación internacional sobre patentes y por las reglas de comercio internacional, con efectos sobre la salud poblacional.<sup>52</sup>

### **2.C.4. Conocimiento médico**

El “conocimiento médico” es imprescindible para mejorar la salud de la comunidad, y se inscribe en el contexto global de la investigación y el desarrollo. Aunque todas las naciones llevan adelante alguna actividad de investigación y de desarrollo científico-tecnológico (R&D), del total de U\$S 1107 billones que se invirtieron mundialmente durante 2007 en la actividad, el 33% correspondió a los Estados Unidos; seguido por Japón (13%), China (9%), Alemania (6%) y Francia (4%). Los otros países relevantes fueron Corea del Sur, Reino Unido, la Federación Rusa, Canadá e Italia. En su conjunto, todos estos Estados concentran el 80% de los recursos destinados a R&D en todo el mundo. Y el sector privado es el principal inversor en R&D (de un 50 a un 80% del total) en todos los países que lideran la actividad, y la industria farmacéutica es el actor central.<sup>53</sup>

Toda la innovación en salud es nuevo conocimiento médico y se publica en revistas especializadas. Para darnos una idea de la magnitud de la producción científica en el área de la biomedicina, consideremos que anualmente se publican más de 2.000.000 de artículos originales en la literatura biomédica, en unas 20.000

---

<sup>52</sup> UN Millennium Project 2005. *Innovation: Applying Knowledge in Development. Task Force on Science, Technology, and Innovation*.

<sup>53</sup> National Science Foundation. *Science and Engineering Indicators 2010*. Ch. 4. *Research and Development: National Trends and International Linkages*, <http://www.nsf.gov/statistics/seind10/c/cs1.htm>

revistas especializadas. De apilarse, tendríamos un cerro de 500 metros de altura cada cinco años.<sup>54</sup> Se estima que se han publicado unos 50 millones de trabajos científicos en todo el mundo, a tasas variables, la mayoría relacionados a la biología y a la medicina.<sup>55</sup> La cantidad de trabajos publicados y de revistas científicas son un indicador directo del número de investigadores en actividad.<sup>56</sup>

Ahora bien, esta inmensa producción de conocimientos se escribe en inglés, y se origina fundamentalmente en los Estados Unidos de América. De todo lo publicado en relación a la salud durante el año 2001 –contenido en el Science Citation Index® (SCI®) o el Social Science Citation Index® (SSCI®)–, el 96% estuvo escrito en lengua inglesa.<sup>57</sup> De las revistas más influyentes, prácticamente todas son editadas en los Estados Unidos o en el Reino Unido.<sup>58</sup> Los Estados Unidos publican el 63% de los artículos científicos más leídos y más utilizados por los científicos del planeta en su práctica, seguidos por el Reino Unido, con el 13%.<sup>59</sup> Además, de los 20 investigadores más citados del mundo por sus pares, 19 trabajan en los Estados Unidos y 1 lo hace en Gran Bretaña.<sup>60</sup> La ciencia médica está dominada por cinco países, cuya cabeza indiscutida son los EE.UU, con más del 30% de la inversión mundial total en investigación y desarrollo, empleando el 70% de los premios Nobel de todo el mundo y albergando 30 de las 40 universidades más respetadas del planeta<sup>61</sup>; y la industria farmacéutica supera las instituciones públicas y académicas por la calidad de las investigaciones que patrocina y por la influencia de las mismas. En otras palabras, los médicos basamos nuestras decisiones terapéuticas en información proveniente de investigaciones patrocinadas por la industria farmacéutica, realizadas mayormente en los Estados Unidos y publicadas en inglés.<sup>62</sup>

---

<sup>54</sup> MULROW, C.D. "Rationale for Systematic Reviews", en CHALMERS, I.; ALTMAN, D. G. (eds). *Systematic reviews*. London: BMJ Publishing Group, 1995.

<sup>55</sup> JINHA, Arif. "Article 50 Million: an Estimate of the Number of Scholarly Articles in Existence" en *Learned Publishing*, 2010, n. 23 (3), pp. 258-263.

<sup>56</sup> MABE, M. "The Growth and Number of Journals" en *Serials*, 2003, n. 16, pp. 191-197.

<sup>57</sup> PARAJE, G.; SADANA, R.; KARMA, G. "Increasing Internacional Gaps in Health-related Publications" en *Science*, 2005, vol. 308, pp. 959-960.

<sup>58</sup> "Hottest Journals of the Millennium (so far)", en *Science Watch®*, January/February 2005, n. 1, vol. 16, [http://www.sciencewatch.com/jan-feb2005/sw\\_jan-feb2005\\_page1.htm](http://www.sciencewatch.com/jan-feb2005/sw_jan-feb2005_page1.htm)

<sup>59</sup> KING, D. "The Scientific Impact of Nations: What Different Countries get for their Research Spending" en *Nature*, 2004, n. 430, pp. 311-316.

<sup>60</sup> "Top Docs: Medicine's Most Cited, 1981-98", en *Science Watch®*, May/June 1999, n. 3, vol. 10, [http://www.sciencewatch.com/may-june99/sw\\_may-june99\\_page1.htm](http://www.sciencewatch.com/may-june99/sw_may-june99_page1.htm)

<sup>61</sup> GALAMA, T; HOSEK, J. "US Competitiveness in Science and Technology". RAND, National Defense Research Institute, Santa Mónica 2008, RAND Corporation.

<sup>62</sup> THOMSON-REUTERS. "Who's Making the Biggest Splash?" en *A Pharma Matters Report*, July – September 2009. <http://thomsonreuters.com/content/science/pdf/ls/pharma/wimtbls.pdf>

### 2.C.5. Regulaciones y acuerdos de comercio

Otra influencia surge de las regulaciones y de los acuerdos internacionales de comercio. Con los acuerdos de “Bretton Woods”, entre 1944 y 1947, se crearon el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y se estableció el General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). Entre 1980 y 1990 se concreta el “Consenso de Washington”, que concibe la desregulación y la privatización de servicios públicos, medidas tendientes a reducir la inflación, a estabilizar la moneda y a favorecer la operación de corporaciones multinacionales. En 1994, el GATT fue suplantado por la World Trade Organization (WTO), con medidas para eliminar el proteccionismo, y la eliminación de barreras no tarifarias de medio ambiente, seguridad alimentaria y servicios de salud. Por ejemplo, los EE.UU. invocaron el “Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights” (TRIPS) de la World Trade Organization para presionar sobre la manufactura de medicamentos genéricos y a bajo precio en Sudáfrica, Tailandia, Brasil y la India. Canadá condenó una regulación francesa que prohibía la importación de asbestos, basándose en disposiciones de la WTO; y esta avanza en temas de licencias profesionales y en la participación de multinacionales en asistencia hospitalaria y provisión de agua potable y cloacas. La propiedad intelectual despierta un interés especial (“Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”); protege medicamentos, equipos, libros de texto y revistas especializadas, y otras innovaciones. En la práctica, otorga ciertas facultades monopólicas al innovador, con repercusiones en los costos y en la equidad de la prestación.

### 2.D. Cambio del medio ambiente

Uno de los grandes afectados por la globalización es el medio ambiente. Y esto debido a la urbanización y a la actividad económica. Actualmente, el 50% de la población mundial vive en ciudades<sup>64</sup>, y la urbanización crece al 1,5% anual, aunque las ciudades más vibrantes como Shanghai (5,6%), Lagos (5,7%) o Maracaibo (4,3%), lo hacen más rápido.<sup>65</sup> Prácticamente todo el crecimiento demográfico de

---

<sup>63</sup> SHAFFER, Ellen R.; WAITZKIN, Howard; BRENNER, Joseph; JASSO-AGUILAR, Rebeca. “Global Trade and Public Health” en *American Journal of Public Health*, January 2005, Vol 95, n. 1, pp. 23-34.

<sup>64</sup> SHAFFER, Ellen R.; WAITZKIN, Howard; BRENNER, Joseph; JASSO-AGUILAR, Rebeca. “Global Trade and Public Health” en *American Journal of Public Health*, January 2005, Vol 95, n. 1, pp. 23-34.

<sup>65</sup> UNITED NATIONS, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2006). “World Urbanization Prospects: The 2005 Revision”, en *Working Paper*, n. ESA/P/WP/200.

los próximos 30 años ocurrirá en las ciudades y llegará en 2050 al 86% del mundo desarrollado y al 67% del mundo en vías de desarrollo. Y si bien el proceso de urbanización acompaña el propio proceso de desarrollo económico, con él aumentan también los asentamientos informales. En el año 2007 habitaban en villas casi mil millones de personas, cifra que ascenderá a los 1,39 mil millones en 2030.<sup>66</sup> La nueva dinámica urbana crea formas previamente inexistentes de enfermar y curar, y tiende a revolucionar el concepto mismo de salud<sup>67</sup>, por temas como polución ambiental, infraestructura sanitaria, agua, violencia, y adicciones, entre otros.<sup>68</sup> La urbanización provoca además la proliferación de hogares. En los últimos 40 años el número de personas por hogar se redujo de 5,1 a 4,4 en países subdesarrollados, y de 3,2 a 2,5 en las naciones avanzadas, con aumento poblacional. La construcción de viviendas acrecienta la planta urbana y presiona sobre los recursos naturales<sup>69</sup>; aumenta el consumo de materiales para la construcción<sup>70</sup>, el tamaño de las ciudades, la demanda de combustible y otras formas de energía, y la contaminación. Entre 1970 y 1990 el consumo de energía, por ejemplo, aumentó un 2,1% por año, mayoritariamente por incremento del número de viviendas.

Un problema medioambiental importante asociado a la globalización es la contaminación debida a la actividad económica<sup>71</sup>, entre otras, la producción agropecuaria. El promedio mundial de calorías diarias disponibles para consumo humano directo creció un 19% desde 1960 hasta 1996<sup>72</sup>; y en la actualidad el 60% del alimento mundial está constituido por trigo, maíz y arroz. La producción de cereales creció gracias al riego, a los fertilizantes, a los pesticidas y al mejoramiento de las semillas, además del aumento de la superficie cultivada.<sup>73</sup> Lamentablemente, las lluvias lavan el nitrógeno excedente de los fertilizantes.<sup>74</sup> El hombre genera más de 160 millones de toneladas anuales adicionales de nitrógeno reactivo, por la utilización de combustible fósil (25 millones de toneladas) y fertilizantes agropecuarios (más de 100 millones de toneladas al año). El exceso de nitratos en el

<sup>66</sup> BLOOM, D.E.; KHANNA, T. "The Urban Revolution" en *Finance & Development*, September 2007, pp. 9-14.

<sup>67</sup> SHEUIYA, Shaaban A. "Improving the Health and Lives of People Living in Slums" en *Ann NY Acad Sci*, 2008, n. 1136, pp. 298-306.

<sup>68</sup> BRANDON, C. "Cities and Health" en *Environment Matters*, Fall, 1998.

<sup>69</sup> KEILMAN, N. "The Threat of Small Households" en *Nature* 2003, n. 421, pp. 489-90.

<sup>70</sup> LIU, J.; DAILY, G.C.; EHRLICH, P.R.; LUCK, G.W. "Effects of Household Dynamics on Resource Consumption and Biodiversity" en *Nature*, 2003, n. 421, pp. 530-33.

<sup>71</sup> *Development, Concepts, & Doctrine Centre (DCDC). Strategic Trends Programme (2007 - 2035)*, 3th edition, London 2007.

<sup>72</sup> ALEXANDRATOS, N. "World Food and Agriculture: Outlook for the Medium and Longer Term". *Proceedings of the National Academy of Science USA* 1999, Vol. 96, pp. 5908-5914.

<sup>73</sup> TILMAN, D.; GASSMAN, K.G.; MATSON, P.A.; NAYLOR, R.; POLASKY, S. "Agricultural Sustainability and Intensive Production Practices" en *Nature*, 2002, n. 418, pp. 671-677.

<sup>74</sup> NOSENGO, N. "Fertilized to Death" en *Nature*, 2003, vol. 425, pp. 894-895.

agua causa, por un lado, sobrecrecimiento de algas en costas, que sofocan a la población de peces, y lluvia ácida sobre bosques y selvas, por el otro.

El otro punto crucial en la contaminación ambiental es la degradación del agua. Se ha estimado que un 4% de todas las muertes y un 6% de todo el daño (muerte e incapacidad) producido por las enfermedades en el mundo, son atribuibles a la falta de agua potable y de cloacas. Dicha falta produce diarreas, parásitos intestinales, hepatitis, intoxicación con arsénico, encefalitis, y envenenamiento con desechos industriales.

## 2.E. Demandas poblacionales

Las demandas poblacionales de salud también adquieren dimensiones globales, por dos razones. La primera, la consolidación de grupos de presión, como ser ambientalistas, o población jubilada, que son capaces de torcer las decisiones políticas de los gobiernos. La segunda, porque ciertas condiciones de vida y tragedias humanitarias apelan directamente a la sensibilidad moral de todos los habitantes del planeta, independientemente de las nacionalidades.

África es un ejemplo dramático de lo que venimos diciendo. De las 57 millones de muertes anuales que ocurren globalmente en el planeta, el 20% son niños menores de cinco años de edad, y de ellas el 98% ocurre en países subdesarrollados, la mitad en África. De todas las muertes en los países desarrollados, solo el 20% ocurre entre los 15 y los 59 años, contra el 30% en países pobres. En los países desarrollados el 42% de las muertes suceden en menores de 60 años de edad, mientras que en África el 70% de los nacidos vivos no cumplirá nunca 60 años. La pobreza aumenta el riesgo de muerte de un niño, en cualquier país que se estudie. Sin embargo, un niño pobre en África tiene dos veces más probabilidades de morir que en América. La probabilidad que tiene un hombre joven entre los 15 y los 60 años de edad de morir es del 8,3% en Suecia, del 82,1% en Zimbawe, y del 90,1% en Lesoto.<sup>75</sup> A su vez, el riesgo de morir de un adulto africano hoy es mayor que hace 30 años; y la expectativa de vida para estos hombres llega en algunos países a ser de 46 años, siendo el Sida la principal causa. Un niño nacido en Sierra Leona tiene 3,5 más probabilidades de morir antes de cumplir cinco años de edad que uno nacido en la India, y 100 veces más que uno nacido en Islandia o Singapur.<sup>76</sup>

A pesar de esta alta tasa de mortalidad, el aumento de 800 millones de personas por década en lo que va de ahora al 2025 ocurrirá principalmente en Asia del Sur y África Subsahariana; estas regiones comprenden el 55% del crecimiento demo-

---

<sup>75</sup> MURRAY, C.J.L; LOPEZ, A.D. "Mortality by Cause for Eight Regions of the World: Global Burden of Disease Study" en *Lancet*, 1997, n. 349, pp. 1269-1276.

<sup>76</sup> MARMOT, M. "Social Determinants of Health Inequalities" en *Lancet*, 2005, n. 365, pp. 1099-1104.

gráfico esperado.<sup>77</sup> A pesar de la enfermedad y la pobreza, África en lugar de achicarse se expande. Las proyecciones parecen indicar que al ritmo actual de crecimiento, donde se agregan unos 77 millones de personas cada año, la población mundial para 2050 será de 8,9 mil millones de habitantes. Más de la mitad del aumento anual ocurre en seis países: India, China, Pakistán, Bangladesh, Nigeria, y los Estados Unidos. Este último solo acumula el 4% del crecimiento poblacional anual total. En promedio, la tasa de crecimiento poblacional es seis veces mayor en los países pobres (1,46% por año) que en los países ricos (0,25% por año).

### 3. BIENES PÚBLICOS GLOBALES Y AMOR UNIVERSAL

El concepto de bien público global (*Global Public Goods*) se ha convertido en una piedra angular de la visión contemporánea de la medicina. Estos bienes públicos globales no pueden ser satisfechos adecuadamente por las fuerzas del mercado y requieren la intervención del Estado para su consecución. Dos bienes públicos globales fundamentales, relacionados con la salud, son la investigación y el desarrollo en salud, y el control de enfermedades contagiosas.<sup>78</sup>

En el caso de la investigación y el desarrollo, el problema central es cómo hacer para que el sistema de innovación tecnológica mundial invierta en la creación de soluciones para las porciones de la sociedad que no puedan pagar por ellas. Numerosas investigaciones demostraron que la innovación farmacéutica, por ejemplo, aumenta la esperanza de vida y promueve el desarrollo económico de las naciones<sup>79</sup>; sin embargo, debemos encontrar maneras de incentivar de forma real y concreta el desarrollo de medicamentos, sin el estímulo habitual del negocio.<sup>80</sup> Como otro ejemplo, la investigación de enfermedades crónicas es muy pobre en países subdesarrollados y las políticas de salud para estas patologías se toman allí prácticamente a ciegas.<sup>81</sup> Respecto del control de enfermedades contagiosas, surge un problema similar. Hay un grupo de enfermedades concentradas

---

<sup>77</sup> COHEN, J. "Human Population: the Next Half Century" en *Science*, 2003, n. 302, pp. 1172-1175.

<sup>78</sup> SMITH, Richard D.; MACKELLAR, Landis. "Global Public Goods and the Global Health Agenda: Problems, Priorities and Potential" en *Globalization and Health*, 2007, 3:9 doi:10.1186/1744-8603-3-9.

<sup>79</sup> LICHTENBERG, Frank R. "Pharmaceutical Innovation, Mortality Reduction, and Economic Growth". Washington, DC: Columbia University and National Bureau of Economic Research. For presentation at the Conference on The Economic Value of Medical Research, December 1999, 2-3.

<sup>80</sup> BERNDTSON, K.; DAID, T.; TRACY, C.S.; BHAN, A.; COHEN, E.R.M, et al. (2007). "Grand Challenges in Global Health: Ethical, Social, and Cultural Issues Based on Key Informant Perspectives" en *PLoS Med*, 4(9): e268. doi:10.1371/journal.pmed.0040268.

<sup>81</sup> MULLIGAN, Jo-Ann; WALKER, Damian; FOX-RUSHBY, Julia. "Economic Evaluations of Non-communicable Disease Interventions in Developing Countries: a Critical Review of the Evidence Base" en *Cost Effectiveness and Resource Allocation* 2006, 4:7, doi:10.1186/1478-7547-4-7.

mayoritariamente en África Subsahariana, cuyo combate ha quedado seriamente rezagado.<sup>82</sup> Se trata del Chagas, la tripanosomiasis, la esquistosomiasis, leishmaniasis, filariasis linfática, oncocercosis, las infecciones intestinales por nematodos, la encefalitis japonesa, el dengue y la lepra. En el año 2002 estas patologías causaron 177.000 muertes en todo el mundo y corresponden a un 1,3% de todo el sufrimiento humano debido a enfermedades.

El razonamiento nos trae al problema central planteado por la globalización a la salud, que es la cuestión de la equidad. De todos los bienes públicos globales el primer lugar debe ser ocupado por la vida misma. El planteo profundo que la globalización hace a la humanidad, es cómo hacer para que todos los seres humanos tengan las mismas oportunidades, primero y antes que nada, de vivir. Porque sin vida no existe nada de lo demás. En todos los puntos analizados en este escrito hemos visto como dos mundos diferentes, y una enorme dificultad para entablar entre ambos una dialéctica. La dificultad surge de la falta de un objetivo común. Y el único objetivo común posible, frente a la tremenda inequidad de la vida a la que nos toca asistir, es la promoción de la vida humana. Gracias al milagro moderno de las comunicaciones, no podemos ignorar la cuestión; y gracias a las enormes posibilidades ofrecidas por la tecnología moderna, tampoco podemos referir a la impotencia para no intentar una solución. En definitiva, el gran planteo de la globalización para con la salud es de naturaleza ética. Un mundo globalizado exige a todos un amor universal.

---

<sup>82</sup> MATHERS, C.D.; EZZATI, M.; LOPEZ, A.D (2007) "Measuring the Burden of Neglected Tropical Diseases: The Global Burden of Disease Framework" en *PLoS Negl Trop Dis* 1(2): e114. doi:10.1371/journal.pntd.0000114.

## VIRTUALIDADES DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

**Lidia M. R. Garrido Cordobera (\*)**

### 1. PUNTO DE PARTIDA

Corresponde señalar que adoptamos una visión centrada en el hombre, altamente comprometida con el humanismo, y a la vez una mirada sistémica, siendo conscientes de la relevancia y la existencia de factores económicos, sociales y temporales que actúan en este tema.

En él se entrelazan necesariamente el derecho, la medicina, la economía y la política, sin excluir la sociología y la antropología y pese a ello podemos hablar de una lectura universal de la salud como derecho reconocido a nivel mundial y a cuya realización plena se aspira.

### 2. EL CONCEPTO DE SALUD

La salud no es ausencia de enfermedad sino un estado de bienestar físico y psíquico; lo consideramos además como un bien social tanto individual como colectivo. Se puede decir que en su relación con el derecho como ordenador de la vida social irrumpe fuertemente con el constitucionalismo social e integra los Derechos Humanos Básicos, siendo parte de los objetivos de Naciones Unidas.

Va a abarcar un derecho de protección y de prestación, pero para su realización involucra muchas cuestiones vinculadas como el acceso al alimento, a la vivienda, al agua potable y a un medioambiente sano; a la existencia de adecuados planes de prevención, de asistencia y de manejo de emergencias sanitarias en la población, entrecruzándose además con la educación.

Sobre ello volveremos más adelante, al hablar del Estado como garante del derecho a la salud.

---

(\*) *Doctora en Derecho de la U.B.A. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Directora del Seminario sobre "La Problemática de los Daños en la Sociedad Actual", de proyectos de investigación. Evaluadora de la Agencia Nacional, Conicet, Coneau y Universidades Nacionales.*



### 3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS RELACIONADOS

Recordemos que las constituciones han nacido como sistemas de garantía y de diseño del Estado (forma de gobierno), y que plasman ideas no solo políticas o económicas sino también filosóficas. Sin embargo, no son estructuras adormecidas o petrificadas en el tiempo sino planes de vida social que se actualizan. Duguít<sup>83</sup> decía que se podía hablar de las transformaciones del Derecho sin entrar en el detalle de las leyes positivas, puesto que en la realidad de las cosas hay una transformación continua y perpetua de las ideas y de las instituciones. Sostenía muy acertadamente, que las leyes positivas pueden permanecer intactas en sus textos rígidos, pero que por la fuerza de las cosas, la presión de los hechos y de las necesidades prácticas, puede ocurrir que el texto haya quedado sin fuerza y sin vida, o bien que mediante una sabia y sutil interpretación se le dé un sentido y un alcance no soñados por el legislador al redactarla.<sup>84</sup> En materia de garantías, es sabida la evolución y los siglos que han debido pasar para arribar a la etapa de la consagración en documentos de los derechos fundamentales. Debemos tener presente las denominadas etapas en los derechos, de primera generación (la libertad negativa), segunda generación (económicos sociales), tercera generación (de la sociedad) y cuarta generación en esta lucha por el reconocimiento. Los derechos individuales-fundamentales han nacido –según recuerda Lorenzetti– con la nota de universalidad, expresando con ello su carácter neutral de indiferencia a las ideologías, creencias, religiones o nacionalidades.<sup>85</sup> También se les reconoce el ser anteriores al Estado y no pueden ser derogados por ninguna asamblea legislativa; los derechos humanos hacen a la calidad del hombre y los derechos fundamentales a aquellos fundantes del orden jurídico. La persona es un núcleo de irradiación de derechos como punto de articulación del sistema jurídico. La Constitución originaria argentina no alude a la salud expresamente, pero siempre se ha considerado cubierta por el Preámbulo (“Promover el bienestar General”), el art. 33 de los derechos implícitos (incorporado en 1860), el 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12) y además ligado al concepto de calidad de vida como bien jurídico protegido. Encontramos el tema de la salud protegido en instrumentos internacionales que hoy tienen rango constitucional por nuestro art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional como la “Declaración Universal de los Derechos del Hombre” de 1948 en su

---

<sup>83</sup> DUGUIT, L. *Las transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975. (traducción POSADA, Adolfo G. y JAÉN, Ramón. *Las transformaciones del Derecho Público*; y POSADA, Carlos G., *Las transformaciones del Derecho Privado*).

<sup>84</sup> DUGUIT, L. *Op. cit.*, pp. 171 y 172.

<sup>85</sup> LORENZETTI, R. L. *Las normas fundamentales de Derecho Privado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1995.

art. 25, en la "Convención Americana de Derechos del Hombre" de 1948 en art. XI, en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales" de 1966 en su art. 12, en la "Convención de los Derechos del Niño" de 1989 en su art. 24. Veamos sucintamente lo prescripto por estos textos: la "Declaración Universal de los Derechos del Hombre" establece en el art. 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a él y 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 y la maternidad y la infancia, tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. La "Convención Americana", en su art. XI, establece 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, pero aclarando que será correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad. El art. VII hace también expresa referencia a la protección de la mujer en época de gravidez y de lactancia, así como de la niñez. El "Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales" reconoce en su art. 12 el derecho de toda persona al disfrute al más alto nivel posible de salud física y mental, y establece como medidas necesarias a ser adoptadas las que reduzcan la mortalidad y la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños, el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales, y la lucha en contra de ellas, además de las condiciones que aseguren a todos la asistencia médica en casos de enfermedad. Además, la "Convención sobre Derechos del Niño" en su art. 24 dice que los Estados reconocen el derecho al niño del disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud; adoptarán especialmente las medidas para reducir la mortalidad infantil y en la niñez; asegurarán la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria, haciendo hincapié en la atención primaria en salud; combatirán las enfermedades y la malnutrición mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y el agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y los riesgos de contaminación del medio ambiente; asegurarán la atención prenatal y postnatal de las madres, entre otros. Además, la Constitución Nacional cuenta con las normas del 41 y 42 referidas a protección ambiental y de los consumidores, justamente protegiéndose la salud de los habitantes actuales y de las generaciones futuras ("todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las generaciones futuras [...]; los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud"). Con similar criterio a todo lo que venimos mencionando y con tintes aún más progresistas, las Constituciones Provinciales tutelan este derecho. Po-

demos citar, a modo de ejemplo, la Constitución de la C.A.B.A., que lo hace en el capítulo 2, título 2, con su artículo 20, que brinda un concepto amplio de salud, y el 21, que establece los lineamientos de la Ley Básica de Salud. La Ley Básica de Ciudad de Buenos Aires garantiza el derecho a la salud integral, la cobertura universal, la atención primaria y la inversión prioritaria en salud. Además garantiza una mejor calidad de vida a los enfermos terminales. También en el marco normativo de estas cuestiones hay que tener presentes la Ley de Sangre, de Trasplantes, de Salud Reproductiva, de los Derechos del Paciente; el sistema de Seguro de Salud, el régimen público y privado de coberturas, entre otros. Recientemente, con fecha 3/12/10, se publicó en el Boletín Oficial la Ley 26657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental<sup>86</sup>, que deroga la Ley 22914 y modifica el Código Civil.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> ARTÍCULO 7°- *El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:*

- a) *Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud;*
- b) *Derecho a conocer y preservar su identidad, sus grupos de pertenencia, su genealogía y su historia;*
- c) *Derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos;*
- d) *Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria;*
- e) *Derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe;*
- f) *Derecho a recibir o rechazar asistencia o auxilio espiritual o religioso;*
- g) *Derecho del asistido, su abogado, un familiar, o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas;*
- h) *Derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión;*
- i) *Derecho a no ser identificado ni discriminado por un padecimiento mental actual o pasado;*
- j) *Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales;*
- k) *Derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades;*
- l) *Derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación;*
- m) *Derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente;*
- n) *Derecho a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable;*
- o) *Derecho a no ser sometido a trabajos forzados;*
- p) *Derecho a recibir una justa compensación por su tarea en caso de participar de actividades encuadradas como laborterapia o trabajos comunitarios, que impliquen producción de objetos, obras o servicios que luego sean comercializados.*

Estamos en lo que se ha denominado “Estado de Derecho”, que implica que a todo principio de Derecho lo acompaña la seguridad de que el Estado se obliga a cumplirlo (el Derecho se impone tanto a gobernantes como a gobernados).<sup>88</sup>

Este se establece en interés de los administrados para preservarlos y defenderlos de las arbitrariedades de las autoridades estatales, mientras que su opuesto, el “Estado de policía”, está inspirado en el axioma de que el fin justifica los medios, con una concepción de autoridad suprema que actúa de manera discrecional y sin trabas frente al individuo y la comunidad, que carecen de acción que proteja sus derechos contra el Estado.

El “poder de policía” es una potestad atribuida por la Constitución Nacional al órgano legislativo a fin de que este reglamente el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Para Bielsa, “poder de policía” sería el conjunto de servicios organizados por la administración pública con el fin de asegurar el orden público y garantizar la integridad física y moral de las personas, mediante limitaciones impuestas a la actividad personal (individual y colectiva). “Policía”, en su aceptación más amplia, significa el ejercicio del poder público sobre hombres y cosas.<sup>89</sup> En nuestro país, se acostumbra a recurrir a la noción de “emergencia”<sup>90</sup> para justificar la validez de su ejercicio, así como a la noción de “prosperidad”.

El ejercicio del “poder de policía” compromete al Estado, pues no se trata solamente de una facultad acordada por la ley, sino de una función que debe ser cumplida obligatoriamente; es un deber y un derecho al mismo tiempo.

<sup>87</sup> ARTÍCULO 42. *Incorpórase como artículo 152 ter del Código Civil:*

*Artículo 152 ter: Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.*

ARTÍCULO 43. *Sustitúyese el artículo 482 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera:*

*Artículo 482: No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial.*

*Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros.*

*A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilitación.*

<sup>88</sup> MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 516 y ss.

<sup>89</sup> BIELSA, R. *Derecho Administrativo*. Bs. As.: El Ateneo, 1947, t. 4, p. 1 y ss.

<sup>90</sup> *Con respecto a la vaga noción de “emergencia” se suelen fijar los requisitos que esta debe reunir: “I) La situación de emergencia debe ser declarada por ley del Congreso («Fallos», t. 127, p. 21; t. 173, p. 65; t. 238, p. 76).*

Roscoe Pound considera que dentro de los intereses sociales encontramos, por ejemplo, el interés social en el progreso general<sup>91</sup>; nosotros agregamos a la salud en general. De todo lo dicho se deduce que estamos frente a una función insoslayable del Estado, responsable de garantizarla, pero ¿cuál es entonces el problema que enfrentamos? Creemos que es el quiebre entre el “deber ser” y el “ser” para decirlo en lenguaje jurídico, entre lo escrito, lo declamado y lo aplicado.

#### **4. LOS CRITERIOS ECONÓMICOS (COSTO, EFICIENCIA) APLICADOS A LA SALUD**

La actividad del hombre ha generado situaciones frente a las cuales se intentó brindar soluciones en base a criterios económicos derivados de la Escuela del Análisis Económico, de gran predicamento mundial. De tal modo, se aplican criterios, tales como costo/beneficio y eficiencia, que son los ejes principales, a diversas situaciones a fin de solucionar las dificultades. Sin embargo, sostenemos que no podemos o no debemos abandonar el pilar fundamental de nuestra disciplina, que es la búsqueda de la justicia y la del bien común.

Existe una relación entre el Derecho y la Economía, y nadie duda de que las dos disciplinas están íntimamente ligadas en la evaluación que uno haga de institutos jurídicos; esto resulta evidente en el ejemplo del hombre que necesita satisfacer sus necesidades, pero en nuestra concepción también debemos volver a advertir que el contenido de los institutos jurídicos no se agota en el elemento normativo sino que existe el elemento sociológico y el valorativo atinente a lo justo.

El análisis económico del Derecho es un hito fundamental, sobre todo en el tema de la responsabilidad civil, o como preferimos llamarlo en el del Derecho de daños, tanto en la materia de reparación como en el área de las prevenciones. Esta se entrecruza con el área de derechos humanos ya que es allí, justamente en la tutela jurídica y la interpretación, cuando ha de notarse si se utilizará el criterio de eficiencia y se ponderarán otros criterios como la calidad de vida para lograr un efecto determinado en la sociedad.

Consideramos un real acierto de la escuela del nuevo derecho económico el hecho de sostener que no es posible entender las instituciones jurídicas a la luz de criterios puramente jurídicos, sino que es necesario contar con el contenido económico, pero también con los elementos sociales ya que es imprescindible tener en cuenta los efectos que tales instituciones tendrán sobre la sociedad y los individuos a partir del criterio que se centra en el hombre, pero que a la vez preserva y valora su rol social y no solamente su faz individual.

---

<sup>91</sup> POUND, R. “Examen de los intereses sociales”, en *Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales*, trad.: Alberto Ciria, introducción de A. L. Gioja. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1959, p. 37 y ss.

El enfoque positivo de la economía nos llevará a la descripción del mundo económico tal y como es y a explicar cómo determinadas medidas o variables pueden modificarlo. Justamente para estos supuestos se han elaborado modelos que ayudan a evaluar los efectos; en materia de responsabilidad civil es común que nos refiramos a los costes o beneficios que derivan de la adopción de leyes que tutelen la defensa del consumidor, el amparo y el control efectivo del medio ambiente, la asistencia ante ciertas enfermedades, y una serie de temas importantes en la vida de los individuos y de toda la sociedad.

Como vemos, la ciencia económica ha ido ampliando su campo de acción, ha abarcado o invadido los campos de las disciplinas científicas y sociales y ha llegado, en ocasiones, a pretender sustituirlas o regirlas por las leyes y reglas del mercado; y lógicamente las ha deshumanizado.

Nosotros siempre hemos sido partidarios de las interrelaciones y los enfoques abarcadores, pero también hemos defendido el rol primordial del hombre, su dignidad como ser y no como mero sujeto a ser tenido en cuenta como una variable más.

En realidad es muy difícil y hasta descabellado decir a priori que no deben adoptarse los criterios económicos. Preferimos señalar que no deben abrazarse como una verdad sacrosanta, olvidando que detrás de todo tendremos a los hombres y a la comunidad con todos los derechos que durante años se han sabido conquistar para protegerlos.

Recordemos lo que decía Montesquieu: "la relación de las leyes con el principio pone en tensión todos los resortes del gobierno, al mismo tiempo que el principio recibe nueva fuerza, así como en el movimiento físico la acción va seguida siempre de la reacción". Cuán acertado es esto si lo extrapolamos al principio de la eficiencia en materia de la salud como derecho humano.

El aporte positivo del análisis económico del derecho radica no solo en describir cómo es el mundo económico sino también en explicar cómo determinados efectos o medidas pueden modificarlo. Se evalúan modelos para ver, por ejemplo, en el tema de la responsabilidad por daños, los costes o beneficios que derivan de las leyes de protección o control de actividades.

Esto es magnífico en teoría, pero la pregunta sería, ¿se ha traducido a la realidad? Nosotros siempre hemos propiciado la adopción de las medidas preventivas como una faz esencial en el derecho de daños aun antes de la reparación, ya que esto último, en realidad, trata de subsanar un daño, pero nunca podrá borrarlo totalmente y por lo tanto al hablar de los daños colectivos en nuestros trabajos siempre hemos tocado el tema del análisis económico del derecho. Sin embargo, sostenemos férreamente que debemos mirar como eje de nuestra disciplina, del derecho, ya sea que lo apliquemos al área del derecho de daños, del internacional o de los derechos humanos, al hombre mismo como un ser o sujeto supremo y no como una variable a ser tomada en cuenta fríamente; los legisladores deben tener esto siempre presente al cumplir el mandato constitucional.

Una sociedad no vive solo de la eficiencia, creemos que todos alguna vez nos hemos preguntado, eficiencia ¿para qué?, y sobre todo eficiencia ¿para quién?

No es una pregunta retórica o un golpe a la sensibilidad (sin desmerecer esta cualidad humana) sino que creemos que merece la pena ser meditada y de hecho estas cuestiones preocupan a los filósofos actuales y tienen que obligatoriamente preocuparnos a todos.

En realidad, el conflicto entre eficiencia y equidad es una de las cuestiones de conflicto de valores más profunda que enfrenta la sociedad actual.

Nosotros, por nuestra parte, sostenemos que se puede decidir sacrificar la eficiencia para mejorar la equidad. Lo cierto es que la economía sola no puede indicar qué medidas debe tomar un gobierno para mejorar la equidad, pero sí aportar ideas sobre la eficiencia de las diferentes medidas posibles que influyen en tópicos como la distribución de la renta y el consumo.

Aplicando la lógica de la economía, toda actividad humana ocasiona un costo y un beneficio, y puede afectar al que lo realiza o a un tercero, pero no todos son asumidos directamente por la gente, no siempre se internalizan las externalidades, ya que resulta más económico obtener los beneficios de una actividad sin necesidad de asumir sus costos.

El costo social es de gran importancia en esta materia al igual que el modo en que el derecho determine su internalización y su asunción, los costos preventivos, y los indemnizatorios.

## 5. LA FUNCIÓN DEL ESTADO EN EL TEMA SALUD

Debido a las características de la sociedad actual y a las múltiples funciones que asumen los Estados modernos en los regímenes emergentes del “Estado de Derecho”, es necesario replantear la cuestión que se presenta frente a la ausencia o a la ineficiencia del Estado en lo que refiere al cumplimiento de sus funciones esenciales tales como salud, medio ambiente, educación, seguridad, que a la vez nos remite al planteo de la efectividad de los derechos constitucionales y de los que dimanan de los “Tratados de Derechos Humanos” con jerarquía constitucional.

Muchas veces la cuestión es abordada en el terreno constitucional del Amparo, o bien mediante las medidas autosatisfactivas, pero no sería ajeno a la visión integral de los problemas el Derecho de Daños, tanto en su faz preventiva como resarcitoria, ya que hay que tener presente que si el daño se ha consumado, solo cabe preguntarse si es resarcible o no.

Nosotros consideramos que el Estado es una organización necesaria, con facultades y atribuciones que le son propias.<sup>92</sup> Al respecto, puntualiza Bielsa que el

---

<sup>92</sup> *Puede caracterizárselo, entonces, como la organización jurídico-política de una comunidad, tendiente a lograr de un modo sistemático y efectivo la ordenación de la vida social, con una autoridad suprema, dentro de un territorio y en las condiciones determinadas por factores históricos y culturales.*

Estado se caracteriza como poder jurídico y presupone dos elementos materiales (población y territorio) y un elemento formal (el poder o *imperium*).<sup>93</sup>

El elemento teleológico del Estado es sumamente importante en tanto se pretenda establecer el rol que le corresponde al Estado en la organización de la vida social que, para Adolfo Posada, involucra la real dimensión del problema de la finalidad del Estado en los Estados contemporáneos, que sentencian que el fin del Estado se concreta en un régimen de obligaciones para el Estado mismo.<sup>94</sup>

Adherimos a la afirmación de que la institución del Estado se asienta en la creencia de que la calidad de vida bajo su organización y sus restricciones es superior a la que pueda realizarse individualmente, y que se debe tender al imperio del “Estado de derecho” y a lograr el bienestar general, como lo expresa nuestra Constitución Nacional.

Seguimos sosteniendo que nunca la “soberanía puede ser sinónimo de impunidad. Ella significa el ejercicio de poderes superiores pero dentro del derecho, dentro de normas legales o constitucionales que fijan la conducta a observar por los funcionarios del Estado”.<sup>95</sup>

Recordemos las palabras de Aguiar Días, quien, citando a Lessa, responde a los temores de quienes consideran que este sistema de responsabilidad viene a “aumentar desmesuradamente una fuente de cargas ya bastante onerosa”, pues “de suceder tal cosa, el hecho solo revelaría el mal funcionamiento del servicio público y el desorden de la administración”.<sup>96</sup>

El nudo de la cuestión es saber si el Estado tiene o no tiene el deber jurídico de obrar y el de no dañar, y si el orden jurídico prevé sanciones para el supuesto de inobservancia; apuntamos aquí que nuestro más alto tribunal ha sostenido que el principio *alterum non laedere* posee raíz constitucional y es aplicable al Estado.<sup>97</sup>

<sup>93</sup> BIELSA, R. *Derecho Administrativo*. Bs. As.: El Ateneo, 1947, t. 4, p. 87 y ss.

<sup>94</sup> POSADA, Adolfo. *Tratado de Derecho Político*. Madrid: Góngora, 1955, t. 1, p. 302 y ss. Este autor manifiesta: “El problema del fin en los Estados contemporáneos, es, en esencia, un complejo problema de derecho (...) ¿Puede el Estado abstenerse ante el espectáculo de necesidades esenciales no satisfechas, en el supuesto que se da cuenta de la situación que revela la no satisfacción de esas necesidades?”.

<sup>95</sup> GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. “El estado y sus funciones dentro del Derecho de Daños”, en Libro homenaje a Moiset de Espanes. *Avocatus*. Cualquiera fuere la concepción sociopolítica a la que haya adscripto un pueblo, sus postulados fundamentales conducen al reconocimiento de la responsabilidad estatal por los daños que ocasione en ejercicio de sus funciones. Ver además: MARIENHOFF, M. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 693 y ss. El autor cita a Bullrich, quien sustentará esta posición en sus obras *La responsabilidad del Estado y Curso de Derecho Administrativo*. ACUÑA ANZORENA, A. *Estudios sobre responsabilidad civil*, Platense, 1963, p. 165 y ss. Sostiene que en lugar de infalibilidad del poder público, se erigió como principio la obligación del Estado de reparar todo daño indebidamente producido. Ver también: GARRIDO, R.F. y ANDORNO, L. *El art 1113 del CC*. Buenos Aires: Hammurabi, 1983, p. 150.

<sup>96</sup> AGUIAR DÍAS, J. *Tratado de la responsabilidad civil*. Bs. As., 1957, p. 226. Es por esto que creemos que son compatibles en su espíritu los artículos 1112 y 1113, segunda parte.

<sup>97</sup> ALTERINI, A.A. *Lesión al crédito y responsabilidad del Estado*. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1990, p. 77.



Compartimos el pensamiento de que repugna a los principios de la Justicia y de la equidad que la víctima de un acto estatal no pudiese obtener una reparación por “el solo hecho de que tal violación ha sido cometida por el guardián del orden jurídico: el Estado”.<sup>98</sup>

Es saber qué pesa más en la balanza de la Justicia, como dicen Mosset Iturraspe, Kermelmajer y Parellada, la injusticia del daño o la injusticia del obrar; estamos convencidos de que los daños arbitrariamente sufridos deben obtener una reparación.<sup>99</sup>

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcarse que para que una conducta genere responsabilidad, esa omisión debe estar usualmente ligada al resultado final dañoso, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada.

En materia de salud, muchas veces la discusión se centra en saber si al Estado le es aplicable el art. 1074 del CC, ya sea que esté incumpliendo una norma legal expresa o implícita. Por ejemplo, Cassagne entiende que debe tratarse de una responsabilidad concreta a la cual el Estado puede ser compelido<sup>100</sup>; Barraza discrepa de esto y admite que pueda ser genérica, quedando su concretización y delimitación al prudente criterio judicial.<sup>101</sup>

La doctrina siempre ha dicho que las disposiciones normativas se violan por conductas positivas o negativas, denominándolas comisión u omisión respectivamente, pero también incluyendo en las primeras la figura de la comisión por omisión cuando la conducta que se abstiene de realizar funciona como un acto positivo. El acto de violación es positivo cuando la ley prohíbe su ejecución y negativo cuando lo ordena mediante una disposición expresa, o bien mediante una genérica.<sup>102</sup>

Para Borda, la comisión por omisión importa responsabilidad aunque la ley no imponga expresamente la obligación de actuar. Sin embargo, los seguidores de Orgaz consideran que este extremo existe solamente cuando la ley hubiese impuesto expresamente el deber de cumplir el hecho omitido conforme a la letra del art. 1074 del CC, y que no existe relación de causalidad entre la abstención y el daño.

Del fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza *in re* “Torres”, cuya línea argumental fue elaborada por Aída K. de Carlucci, se abre la vía para que pueda esgrimirse una responsabilidad estatal por omisión aun cuando no exista norma expresa que consagre la garantía o el deber de obrar en tal sentido.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> REIRIZ, M. G. *Responsabilidad del Estado*. Bs. As., 1969, p. 18.

<sup>99</sup> MOSSET ITURRASPE, J.; KERMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PARELLADA, C.A. *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*. Santa Fé, 1986.

<sup>100</sup> CASSAGNE, J. C. *Derecho Administrativo*, p. 300 y ss.

<sup>101</sup> BARRAZA, J. *Responsabilidad extracontractual del estado*. Bs. As.: *La Ley*, cap VI, p. 121 y ss.

<sup>102</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J. *Teoría general de la Responsabilidad Civil*. Bs. As.: *Abeledo Perrot*, p. 114.

<sup>103</sup> CASSAGNE, J.C. *Responsabilidad del estado por omisión*. Bs. As.: *LL*, 1989-C-512.

En él se sostiene, citando a Duni, que el Estado se encuentra obligado a actuar aun en ausencia de norma expresa cuando se dan los siguientes requisitos:

a) un interés jurídicamente relevante (cualitativa o cuantitativamente), b) la necesidad material de actuar en dicha protección, y c) la proporción entre el sacrificio que acarrearía la actuación y la utilidad que se obtendría.

Con respecto a la responsabilidad por omisión<sup>104</sup>, será una cuestión de apreciación en el caso concreto en el que se den los requisitos para operar tal responsabilidad, pero doctrinariamente, *a priori* no encontramos óbice para su aplicación, pues responde a los mismos fundamentos constitucionales existentes en el Estado de Derecho. Es por todo esto que consideramos perfectamente viable la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía, y que la omisión puede ser, al igual que la acción defectuosa o excesiva, la causa del daño que deba ser reparado.

Quiroga Lavié expresa que mediante el “derecho público subjetivo”, la sociedad desarrolla el cumplimiento de la política legislativa y reclama la operatividad de la legislación que promete cumplir ese “bienestar general” de la Constitución Nacional. Señala Altamira Gigena que el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común, y hay que poner énfasis en evadir el doble escollo del individualismo y del colectivismo, a fin de lograr ser ecuanímes.<sup>105</sup>

---

<sup>104</sup> *No cabe atribuir responsabilidad por omisión al Estado Nacional por el fallecimiento de una persona a raíz de la ingesta de un producto –propóleos con altas concentraciones de dietilenglicol– elaborado por un laboratorio –no autorizado para su venta–, sobre la base de que la Ley 16463 –de contralor de drogas y productos utilizados en medicina humana– le asigna la tarea de fiscalizar la salud de la población en sentido amplio, pues no resulta razonable pretender que el ejercicio de policía sanitaria y la facultad del Estado para dictar las disposiciones reglamentarias o complementarias tendientes a cumplir la finalidad del Decreto 9763/64, reglamentario de la Ley mencionada, puedan llegar a involucrarlo a tal extremo en las consecuencias dañosas que se produzcan con motivo de hechos extraños a su intervención directa (del dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo). En el caso de la omisión ilegítima, rigen los presupuestos derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado, razón por la cual, como en toda pretensión indemnizatoria que involucre una reparación de daños y perjuicios no puede estar ausente el nexo causal entre el daño invocado y la prescindencia estatal, de manera que las consecuencias dañosas puedan serle imputadas, debiendo responder si el perjuicio es consecuencia de la omisión en una relación de causa a efecto sin elementos extraños que pudieran fracturar la vinculación causal y, dentro de ese marco, quien reclame la correspondiente indemnización debe probar, como principio, esa relación de causalidad (del dictamen de la procuradora fiscal que la Corte hace suyo) (CS “Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros” 20/10/2009).*

<sup>105</sup> ALTAMIRA GIGENA, J. L. *Responsabilidad del estado*. Bs As: Astrea, 1973, p. 88. En tal sentido aclara: “Si mira excesivamente al hombre y olvida a la sociedad corre el grave riesgo de caer en el individualismo. Y si por el contrario se olvida del individuo y vuelca su mirada especialmente en la comunidad, se precipitará hacia el colectivismo”.

En cuanto a la posible responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio del poder de policía, suele recalcar que para que una conducta omisiva genere responsabilidad debe estar usualmente ligada al resultado final, de modo tal que la abstención pueda ser considerada como factor eficiente de la consumación operada.<sup>106</sup>

Pero, por múltiples razones, existe en esta materia una tendencia restrictiva que contrasta con la evolución general del tema de la responsabilidad: subyace la idea de que es necesario adoptar soluciones que se ajusten a la realidad económica y parecería injusto, en los dichos de Macarel, que el Estado se convierta en el eterno asegurador.

Suele señalarse, como recaudo para responsabilizar al Estado, que debe tratarse de una abstención del Estado, que tal omisión sea antijurídica, incumpliendo una obligación legal expresa o implícita, pero admitiéndose que la fuerza jurídica no necesariamente es la ley sino también la costumbre o los principios del Derecho.<sup>107</sup>

Suele decirse que esta obligación legal no puede ser genérica o difusa, resultando necesario que se trate de un deber concreto de obrar en un determinado sentido.<sup>108</sup>

Para Barraza el hecho de que una obligación no sea concreta o determinada no autoriza a sostener que el Estado no deba responder. Si el deber jurídico existe, aunque sea genérico, el Estado es responsable frente a la ausencia de su accionar. Sostiene que si la obligación existe aunque sea genérica, el Estado debe velar por los bienes y la integridad física y espiritual de las personas; que sea genérica obedece a la particularidad de las normas que deben ser generales, impersonales, abstractas y objetivas, quedando su concretización y delimitación al prudente criterio jurisprudencial.<sup>109</sup>

Tengamos presente que el Estado debe ejercer su poder de policía en cada uno de los ámbitos donde sea necesario, pues, como recalca López Cabana, no se trata de una "facultad" acordada por la ley<sup>110</sup> y justamente, en este tema los términos de "razonabilidad y proporcionalidad" adquieren singular relevancia, pues al Estado como poder público le corresponde tomar las medidas efectivas de realización de las garantías constitucionales que protegen los derechos fundamentales del individuo y de la Comunidad.

---

<sup>106</sup> LÓPEZ CABANA, R. M. "Responsabilidad civil del Estado derivada del Poder de Policía" en *Derecho de Daños, La Rocca*, 1989, pp. 747 y ss.

<sup>107</sup> CASSAGNE, J. C. *Derecho Administrativo, Abeledo Perrot*, 1996, p. 300 y ss.

<sup>108</sup> BARRAZA, J. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bs. As.: *La Ley*, 2003, p. 121 y ss.

<sup>109</sup> BARRAZA, J. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>110</sup> LÓPEZ CABANA, R. M. *Op. cit.*, p. 748 y ss.

## 6. EL ACCESO A LA MEDICINA

El hablar del acceso a la medicina como un derecho humano evidencia una vez más una de las facetas emergentes del derecho internacional de los derechos humanos en los derechos nacionales.

El Estado debe respetar, proteger y realizar la salud; es un compromiso fuerte ya que salud no solo es asistencia médica ante la enfermedad, sino también mantener el estado de salud mediante la prevención, el acceso al alimento y controlar y cuidar los factores ambientales que puedan deteriorarla.

Volvemos a reiterar nuestro diagnóstico de que el problema radica en ese quiebre entre lo declamado y la realidad, entre el derecho y los hechos; no bastan los instrumentos jurídicos, se necesita una aplicación de ellos y una política sanitaria a largo plazo.

Los que más gastan en salud mediante medicina prepaga justamente son los que mejor están y quizás los que menos vulnerabilidad ante ciertas patologías tienen, mientras que un alto porcentaje de la población sufre, además de no tener un adecuado servicio de salud, los problemas de no acceder al agua potable, carecer de los requerimientos alimentarios mínimos para el desarrollo (con un alto grado de desnutrición infantil irreversible por el grado en sus secuelas cognitivas) y habitar en viviendas precarias en zonas endémicas.

El Estado debería tener siempre presente que la inversión en salud mediante campañas de vacunación, de control, de higiene y de educación para la salud implica bajar el costo social a largo plazo; y que además debería realizar actualización y compra de equipos, la capacitación del personal y la provisión adecuada de insumos.

En materia de salud no hay que mirar cuestiones económicas o afanes políticos coyunturales. Lo decimos pues el colectivo “enfermos” generalmente no vota y el de los “niños” tampoco, pero estos últimos de sobrevivir serán los ciudadanos del mañana y las carencias o efectos colaterales que presenten harán sin duda su impacto en el sistema de salud, además de considerar que es esencial el respeto a la dignidad del ser humano sea este anciano o niño, ya que jamás debe ser tomado como una unidad de medida puramente económica sino el eje y razón de ser de todo el sistema.

En este tema hay que tener en cuenta la progresividad como un compromiso que se evidencia a través de leyes, programas y servicios específicos que tengan un contenido de realidad, pero que nunca pueden anular el compromiso asumido de garantizar la salud de los habitantes.

La solución no es económicamente impracticable, sin embargo no puede subordinarse la respuesta de justicia y equidad exclusivamente a limitaciones económicas.

## 7. EL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS COMO DERECHO HUMANO

Los derechos fundamentales son conceptos dinámicos que no siempre figuran expresamente en los documentos. Existen a la par de los conceptos formales los conceptos filosóficos de los que se van derivando nuevos derechos; del derecho a la vida, por ejemplo, podemos decir que se deriva el derecho a la salud y de él, el acceso a los medicamentos.

Este acceso comprende necesariamente la posibilidad económica de hacerlo por parte del sujeto o su suministro mediante planes o ayudas, incluso por parte del sistema estatal. Asimismo, abarca la disponibilidad en número, calidad y en los lugares que se requieran, como así también su continuidad.

A nivel internacional se habla de medicamentos esenciales para la atención primaria de la salud y los Estados deben garantizar la efectiva protección de sus habitantes; sin embargo se nota en los países en vías de desarrollo una ineficacia en la ejecución y el plan de asistencia de medicamentos, sin medir el costo a mediano y largo plazo sobre la salud de la población.

## 8. LA PREVENCIÓN DE DAÑOS EN MATERIA DE SALUD

Nosotros hemos entendido siempre que existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la prevención del daño como garantía social e individual, y está implícitamente cubierto por el generoso manto amparador de la Constitución Nacional.<sup>111</sup>

El Estado actúa cumpliendo o intentando cumplir este rol, en áreas tales como el control de medicamentos, alimentos o contaminación, pero, desgraciadamente, son más los casos en los que esa tutela no existe o se realiza deficientemente.

Se deben evitar los daños a la salud al detectar las situaciones de peligro; contrarrestar los efectos lesivos, o bien, cuando estos comienzan a originarse, obstaculizar su producción atacando la causa desde su raíz.<sup>112</sup>

Señalaba ya De Cupis que el ejercicio de la prevención requiere una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés a quien puede imputarse el peligro, y que una aplicación estricta de la prevención implica el riesgo de oprimir las libertades de los demás.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> *Podemos recalcar la actitud del Dr. Iribarne en el caso "Altamirano c/ Cerámica Martín S.A. y otros", comentario de Morello, A M., y STIGLITZ, G. Responsabilidad civil y prevención de daños. Los intereses difusos y el compromiso social de la Justicia. Bs. As.: L.L., 1987-D-364.*

<sup>112</sup> *STIGLITZ, G. La responsabilidad civil. Bs. As: La Ley, 1984, p. 94 y ss.*

<sup>113</sup> *DE CUPIS, A. El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Barcelona: Bosch, 1975, p. 575 y ss.*

## 9. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA DE SALUD

El derecho a la salud como derecho constitucional, con apoyatura en los Pactos Internacionales, se conjuga con el derecho a no ser dañado reconocido muchas veces por nuestra Corte Suprema desde Santa Coloma; en la situación particular que analizaremos, de contagio de enfermedades transmisibles al requerirse asistencia prestada por un servicio de salud, excluirémos los casos de mala praxis médica que no son objeto de nuestro abordaje por plantear cuestiones generalmente abordadas por la responsabilidad civil profesional.<sup>114</sup>

Básicamente hemos de referirnos a las situaciones que se producen en virtud de una asistencia médica o práctica médica o complementaria, pero también a las infecciones que se contraen debido a la concurrencia y a la permanencia en el centro de salud.

A fin de brindar una mejor visualización de la cuestión, podemos diagramarla del siguiente modo: con criterio o en referencia a ciertas enfermedades, analizaremos: 1) enfermedades infectocontagiosas trasmisibles por vía sanguínea o a través de algún instrumental o catéter, a saber Sida, chagas, hepatitis (C), brucelosis y según Seuba Torreblanca, encefalopatía espongiiforme (vaca loca), y 2) Infecciones hospitalarias o intrahospitalarias.

Considerando a las personas a quienes se daña, podremos tener como damnificados a los pacientes, al personal del cuerpo de la salud, a la familia o a los allegados que están en contacto con el paciente o el lugar (excluimos al segundo supuesto por ser materia propia del derecho laboral).

Como se observa, el ámbito en el cual nos movemos es complejo y muy amplio pese a haberlo ya circunscrito. Nadie concurre a un centro asistencial o se somete a una práctica médica consintiendo o asumiendo riesgos que no sean los propios del acto médico o del tratamiento al que se someta.

Nuestro núcleo está compuesto por daños personales a la salud y a la vida que puedan tener la característica de ser permanentes o temporales y que se manifiesten en daños patrimoniales bajo los rubros de los daños emergentes y el lucro cesante como así también en los supuestos en los que cabría la indemnización por pérdida de la chance. Un aspecto, sin ninguna duda muy importante, es el de los daños morales<sup>115</sup> que revisten una entidad propia. Nadie puede negar la situación de impacto emocional que se suscita con estos casos en las víctimas y en sus allegados.

---

<sup>114</sup> Para este aspecto, ver el tratamiento específico en otra parte de esta obra.

<sup>115</sup> PIZARRO, R. D. *Daño moral*. Buenos Aires: Hammurabi; CORNET, M. "Vigencia y caracterización del daño extrapatrimonial en el derecho contemporáneo" en *Tendencias de la responsabilidad civil en el S XXI*, Javeriana.

Podemos sostener además que estos daños generalmente son individuales, pero podrían ser igualmente masivos o colectivos<sup>116</sup> cuando se afecta a una clase de pacientes –por ejemplo a los inmunodeprimidos, los dializados o los hemofílicos–, situación que se ha dado en la Argentina y sobre todo en otros países como Francia y España, donde han originado soluciones especiales de creación de Fondos de Compensación para cubrir estos supuestos dañosos<sup>117</sup> o bien ponen en riesgo a toda la población como el caso de la gripe A.

En el tramado de la conducta de asistencia médica confluyen una pluralidad de actores: tendremos a los médicos, que actúan solos o en equipo<sup>118</sup>, a los auxiliares de la medicina y a las clínicas como posibles sujetos involucrados en la causación del daño.

Con respecto al médico, hay que distinguir al que prescribe la práctica del que interviene en la práctica médica (hemoterapia, diálisis). En ambos supuestos veremos que el factor de atribución que generalmente se le aplica es el subjetivo (dolo o culpa) y en los casos puntuales será la del dueño o guardián de la cosa (1113, 2p).<sup>119</sup>

También son agentes responsables la clínica<sup>120</sup> o los establecimientos públicos donde se presta la asistencia médica o se realiza la práctica en virtud de factores, en este caso, objetivos. En muchos autores encontraremos múltiples fundamentos correspondientes tanto a normas contractuales como a aquilianas (responsabilidad del principal en virtud de la garantía, la obligación de seguridad, el riesgo de actividad o el riesgo de empresa).

Sostenemos que frente a la víctima, en los casos que analizamos surgen como sujetos responsables *prima facie*, los establecimientos donde se ha producido el daño; el problema trascendental como en la mayoría de los casos de responsabilidad es la relación de causalidad.<sup>121</sup>

Generalmente, la responsabilidad es planteada como contractual, pero también puede configurarse extracontractualmente cuando la atención se realiza de urgencia y sin contar con el consentimiento informado del paciente o de sus familiares. También puede utilizarse la opción aquiliana a tales efectos con las consecuencias propias de tal elección con respecto a los plazos de prescripción y a la extensión de la indemnización.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> CORDOBERA, L. M. R. *Daño ambiental individual y colectivo*, LL, 5 y 6 de enero 2007.

<sup>117</sup> SEUBA TORREBLANCA, J. *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas Públicas*. Civitas.

<sup>118</sup> GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *Responsabilidad del equipo médico*, Doctrina Judicial.

<sup>119</sup> GARRIDO, R. F y CORDOBERA, G. de Garrido R, *Contratos atípicos*. Universidad. TRIGO REPRESAS, F. y LÓPEZ MESA, M. *Tratado de la responsabilidad Civil*. Buenos Aires: La Ley; LÓPEZ HERRERA, E. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Lexis.

<sup>120</sup> BUERES, A. J. *Responsabilidad de las Clínicas*, Ábaco.

<sup>121</sup> LÓPEZ MESA, M. "Teoría General de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino, francés, colombiano y comparado", en *Tratado de responsabilidad médica*. Legis.

En cuanto a los establecimientos asistenciales, la jurisprudencia ha sostenido que son de plena aplicación en principio el art. 504 del CC y el art. 1198, pero también se ha aplicado el art. 1113 de dependiente, la segunda parte de dueño o guardián, y además en caso de tratarse de un establecimiento público el art. 1112 CC.

Veamos someramente cuáles de ellos podrían estar implicados comúnmente en ciertos casos que nos planteamos, y siendo muy pequeño el grupo de supuestos a los que le podremos aplicar el elemento dolo (por ejemplo, el que sabiendas inyecta sangre contaminada con alguna enfermedad de las que analizamos) nos centraremos en los factores objetivos.

En la relación médica se aplica la denominada “obligación de seguridad” (art. 1198, ámbito contractual) y en la organización como servicio se aplica la normativa de la Ley de Protección al Consumidor.<sup>123</sup>

En las “XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil” se sostuvo que la seguridad es un principio general del derecho garantizado y que el mismo dimana de la solidaridad social y del principio de buena fe, inscribiéndose dentro de los horizontes preventivos del moderno derecho de daños; asimismo el deber de advertencia guarda una estrecha relación con la seguridad.

Este tema se ha venido acentuando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ya sea en su aplicación como obligación tácita de seguridad acompañando a otras obligaciones que aparecen como obligación principal de los contratos, o bien surgiendo directamente de una disposición legal. Se ha dicho que la obligación de seguridad<sup>124</sup> crea un deber positivo de actuar para proteger a otros.

En cuanto al riesgo como factor de atribución, recordemos que ya Josserand afirmó que se debía admitir que somos responsables, no solamente por los actos culpables, sino por nuestros actos, pura y simplemente, desde que hayan causado un daño injusto o anormal; que se puede prescindir de la idea absoluta de culpa y que aquél que cree el riesgo responderá por las consecuencias perjudiciales a terceros. En tanto Saleilles consideraba que se trata de hacer un balance, que la justicia quiere que se incline el platillo de la responsabilidad hacia el lado del iniciador del

<sup>122</sup> GARRIDO CORDOBERA, L. M. R. *La cuantificación del daño un debate inconcluso*, *La Ley del 6 de agosto de 2007*.

<sup>123</sup> *Nuestra Ponencia al “Congreso de daños 2007”*.

-La obligación de seguridad es de carácter autónomo y puede ser tanto de origen contractual como legal.

-Es una obligación que no puede ser desvirtuada por cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad.

-Es una obligación de resultado.

-Es de carácter objetivo.

-No funciona la “Asunción de riesgos” como eximente de responsabilidad.

-Su base legal general se encuentra en el Art. 1198 del CC y en normativas especiales 5, 6, 40 *Ley del Consumidor*.

<sup>124</sup> PREVOT, J. M y CHAIA, Rubén. *La obligación de seguridad*. Buenos Aires: Hammurabi.



riesgo, y si bien la ley permite los actos lícitos e impone también a quienes toman el riesgo a su cargo la obligación de reparar los daños, una vez ocurrido este, es preciso que alguien lo soporte.<sup>125</sup>

Frente a las críticas<sup>126</sup> que siempre se mantienen respecto a la responsabilidad objetiva, es útil recordar con Garrido y Andorno que muchas veces los paliativos que utilizan las presunciones de culpa, si bien son aptos para obtener el justo equilibrio frente a determinados supuestos, resultan insuficientes. En tal situación, la reparación del daño debe otorgarse como consecuencia de la incorporación del elemento o la actividad dañosa o peligrosa.

En el “IV Congreso Nacional de Derecho Civil”, doctrinarios como Garrido y Andorno<sup>127</sup>, rechazaron reiteradamente la afirmación del “vacío moral” de la teoría del riesgo creado y expresaron que no resultaba justificada la afirmación de que esta forma de reparación de los daños sacrificara los valores morales y careciera de todo sustento moral, afirmándose así en una pura relación de causalidad física. Manifestaron además que la denominada “responsabilidad sin culpa” tiene un profundo contenido ético en su origen para controlar la desigualdad jurídica que determina la creación del riesgo y que nos está indicando que apunta a realizar un fin de equilibrio entre quienes integran un determinado conglomerado social.

Podemos decir, con Casiello, que la sensación de injusticia se desvanece cuando se atiende a la situación de la víctima. Esta merece protección y habrá de otorgársela, so pena de atentar más gravemente contra elementales principios de justicia.

Recordemos que se ha dicho en la doctrina italiana que la empresa debe responder por el riesgo típico de su actividad. En este sentido se habla de riesgo de em-

---

<sup>125</sup> *Se dice que puede no haber culpa positiva de ninguno de ellos, pero la práctica exige que quien obtiene provecho de la iniciativa, sobrelleve sus cargas, por lo menos en razón de ser él su causa material, puesto que esta iniciativa constituye un hecho que, en sí y por sí, encierra peligros potenciales contra los cuales los terceros no disponen de defensa ética.*

<sup>126</sup> *Llambías se ha referido en su primer comentario a la reforma, descalificando la teoría del riesgo, por considerarla vacía de contenido moral al disociar la responsabilidad de la censura que merece la conducta humana sancionada. La considera gravemente funesta y en forma de conclusión dice que: “Propugna, sin que ello haya sido advertido por los corifeos de la tesis, una organización social vaciada en sus cimientos de sustancia moral, pues, indudablemente, si hay algún asunto en el que aparece clara esa inmersión del derecho en el orden ético, es el problema de la responsabilidad, que no es posible resolver haciendo abstracción del efectivo estado de conciencia del imputado”. El error fundamental de este civilista ha sido negar el valor ético de la teoría del riesgo creado. Ha olvidado su origen en el campo laboral e industrial, para proteger al obrero o a un tercero frente a una interpretación rígida de los principios civiles que niegan la reparación cuando falta la prueba de la culpabilidad del principal. En resguardo con una profunda sensibilidad social, en todos los países se determinó una reacción ética frente a la desprotección y el egoísmo empresario y resulta inexplicable que esa teoría, al ser trasladada de la esfera laboral a la civil, haya perdido, en la ruta, su contenido esencial ético.*

<sup>127</sup> GARRIDO, R. F y ANDORNO, L. *Op. cit.*

presa.<sup>128</sup> Para Guido Alpa dicho riesgo comprende todos los daños ocasionados al consumidor, aunque ellos sean atípicos, ya que estamos frente a una imputación objetiva de responsabilidad.

Las infecciones hospitalarias son un verdadero flagelo y causan de miles de víctimas anuales; son además indicadores de parámetros de calidad y esenciales en lo que hace a la salud y a la seguridad de los pacientes.<sup>129</sup>

La obligación que sustenta su responsabilidad dimana de la aplicación del principio de la buena fe contractual ya que quien celebra un contrato de prestación médica lo hace presuponiendo que de tal situación no saldrá en peor circunstancia, solo de mala fe puede entenderse que una clínica afirme que no está obligada a tener su establecimiento libre de virus o gérmenes.

Suele definirse a la infección hospitalaria como la enfermedad provocada por microorganismos contraídos en un establecimiento asistencial por el paciente después de su admisión para su hospitalización o para recibir tratamiento ambulatorio. Se trata, según los estudiosos, de infecciones exógenas al paciente<sup>130</sup> y necesariamente contraídas en el ente asistencial.

En materia de causalidad, suele plantearse la cuestión acerca de si en la infección tuvo algo que ver el estado patológico del enfermo y si ello implica ruptura de la relación de causalidad o al menos tiene el carácter de concausa.<sup>131</sup>

Si tomamos el ejemplo de la evolución en Francia veremos que se ha hablado en un primer momento de que nos hallamos frente a una obligación de medios simple, luego ante una obligación de medios con presunción de falta y, finalmente, frente a una obligación de resultado.

Las leyes francesas (4/3/02 y 20/12/2) distinguen según se trate de a) un establecimiento de salud en el que se aplica una obligación de seguridad de resultado a no ser que se pruebe una causa ajena, b) de médicos o profesionales de la salud para los cuales rige un régimen de responsabilidad por falta.

Los grandes daños son cubiertos por la ONIAM (Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos de afecciones genéticas o infecciones hospitalarias a título de solidaridad nacional).

En la Argentina los fallos son dispares; podemos trazar una línea definida según la cual se responsabiliza al ente, al profesional o al centro asistencial si se ha acre-

<sup>128</sup> PIZARRO, R. D. *Responsabilidad por riesgo creado y de empresa*. Buenos Aires: La Ley.

<sup>129</sup> CN Civ Sala D 16/07/01, "Frenkel, Adolfo c/ centro de Ortopedia y traumatología"; Cam Apel Civ y Com Jujuy S III 20/04/04, C.C., "F y otra c/ Povia de Jujuy"; CNCiv Sala A 24/05/04, "Guiñazu Maria c/ UBA - Hosp. De Clínicas"; Cam 2ª Apel Civ y Com La Plata Sala I D, "HA c / Hosp. San Martín y otro"; 24/08/98 CNCiv, Sala F 24/02/2002 "Ael, Ramón L c/ Direcc OS ENTEL y otro".

<sup>130</sup> *Se discute si pueden ser originadas en gérmenes que el paciente tienen, pero que se manifiestan por su debilidad o por un acto médico invasivo.*

<sup>131</sup> *La situación del paciente debe constar en la historia clínica.*

ditado la culpa en concreto de haber omitido adoptar las precauciones necesarias para evitar la infección. Se debe probar la infección, el hecho de haberla contraído durante la estadía hospitalaria, la omisión de los actos de asepsia, limpieza, desinfección y esterilización, y la eximición será en virtud de la ausencia de culpa.

Los fallos de una segunda línea atenúan el tema probatorio, pero continúan ubicándolo en el ámbito subjetivo y en la eximente de ausencia de culpa. La tercera ubica el tema en un régimen objetivo donde basta al paciente demostrar la infección y su carácter hospitalario, y solo cabe la exoneración rompiendo la relación de causalidad.

Uno de los principales progresos del siglo XX ha sido conseguir un uso terapéutico de la sangre<sup>132</sup>, primero con una utilización completa y luego como materia prima para los hemoderivados, pero esto también puede plantear cuestiones en materia de responsabilidad.<sup>133</sup>

La sangre está compuesta por elementos celulares (glóbulos blancos, glóbulos rojos y plaquetas) y el plasma se descompone en plasma, inmonoglobulina, albúmina y factores coagulantes.

Es un bien escaso y tiene un valor determinado por la capacidad terapéutica para ser utilizado como transfusión o bien como hemoderivado en la asistencia sanitaria.

Actualmente se sabe que la sangre presenta riesgo de posibles contagios de algunas enfermedades y que contamos con los procedimientos de autotransfusiones y de las sangres artificiales.<sup>134</sup>

La seguridad de la sangre<sup>135</sup> y de los hemoderivados<sup>136</sup> viene garantizada por una pluralidad de sujetos que asumiendo diferentes funciones se encuentran involucrados en lo que denominamos "cadena transfuncional".

---

<sup>132</sup> *La primera transfusión documentada fue en 1492, en la época de Inocencio VIII. En 1901 se identifican los grupos sanguíneos. En 1954 se utilizan los precipitados y en 1968 se separan los componentes por centrifugado y se preparan los hemoderivados. A mediados de la década del 80 se generaliza el calentamiento de sangre, procedimiento que fue muy discutido, pero que permite desactivar ciertos virus.*

<sup>133</sup> CNCiv Sala E, 19/06/98, "RGR c. Centro Cardiológico S.A". CNC y Com Fed, Sala 1ra, 3/09/98 "Bernardo, M c/ Inst Serv Soc Ferroviario". CNC y Com Fed, Sala 1ra, 26/08/04, "Bari Alberto c/inst de Serv Soc Bancarios". Cam Nac Civ y Com Bahía Blanca, Sala 1ra, 23/11/06, "J, L c/ Soc Española de Beneficencia y Socorros Mútuos". CNC, Sala F, 15/5/05, "NN c/ Munic. de B A". Cam 1ra Civ y Com Mar.

<sup>134</sup> SEUBA TORREBLANCA, J. *Op. cit.*

<sup>135</sup> MARTÍN MARCHESINI, G. *Responsabilidad civil del hemoterapeuta*, LL, 1987-A-957. MAXIMINO, L; DI PIETRO, M.A y LANDIN, P. *La responsabilidad civil del médico hemoterapeuta por contagio de Sida*, LL 1992-697. PARRA, R. A. "Daño transfuncional, trabajo de Curso de daños", en [www.garridocordobera.com.ar](http://www.garridocordobera.com.ar).

<sup>136</sup> SEGUI, A. *Responsabilidad civil por transmisión de enfermedades. (La transmisión de HIV a través del empleo de hemoderivados)*, LL, 1992-B-1057.

Encontramos al poder público que establece los requisitos y los mecanismos que se consideran pertinentes, tendientes a garantizar la calidad de los productos y de la vida y la salud de los ciudadanos, a los bancos de sangre y a las empresas farmacéuticas fabricantes de los hemoderivados.

Hemos mencionado como enfermedades transmisibles la hepatitis C, el HIV o Sida, entre otras, y queremos llamar la atención sobre la encefalopatía espongiiforme.

Con respecto a la hoy denominada hepatitis C (HC) durante muchos años (desde 1975) se la conocía, pero no se la podía identificar y se la denominaba hepatitis no A y no B. En 1989, se aísla el virus y se logra un test de detección que se ha ido perfeccionando desde 1990.

Se trata de una grave enfermedad del hígado causada por este virus que provoca su inflamación y que puede derivar en cirrosis o cáncer de hígado. Tiene una incubación de cuatro a ocho semanas del contagio y en un 78% deviene en crónica y de ellos el 20% en cirrosis en un plazo de entre 10 a 20 años, sin embargo existe una gran población de portadores asintomático.

Sus vías de contagio son: la sangre, los fluidos, el uso de jeringas u otros instrumentos punzantes o sondas o catéteres no adecuadamente desinfectados; la vía sexual, los trasplantes, la fecundación, la vía parenteral y la vía vertical. Son grupos de riesgo los hemofílicos y los dializados por el alto nivel de exposición.

El HIV<sup>137</sup> es el tercer retrovirus linfotrópico humano descubierto.<sup>138</sup> Es un virus de inmunodeficiencia humano que ataca a los linfocitos T y posibilita la aparición de enfermedades oportunistas. La definición de Sida como enfermedad ha ido variando<sup>139</sup>, teniendo un criterio clínico y uno de laboratorio para su diagnóstico, lo cierto es que desde que una persona está infectada hasta que se le declara el diagnóstico de Sida puede transcurrir un período de siete a diez años.

El virus permanece latente y tiene una capacidad de mutación muy rápida, lo que explica el gran número de cepas que existe y la velocidad con que desarrolla la resistencia a los medicamentos antivirales; pese a esto, actualmente con los avances científicos pasó de ser una enfermedad letal a una crónica.

Recordemos que recién en 1983 se lo logra aislar y los test de detección como el ELISA se utilizan desde 1985; hoy están en uso el Western Blot, Nat, RIPA, la inmunofluorescencia y la combinación con antígenos de HC que permiten acortar los tiempos del período ventana (período latente).

---

<sup>137</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI. *El sida en la jurisprudencia*. Academia Nacional de Derecho, 1999.

<sup>138</sup> *La atribución del descubrimiento del HIV y por ende de las patentes no fue pacífica y concluye con un acuerdo firmado en la Casa Blanca ante los presidentes Regan y Chirac. Los involucrados eran Gallo y su equipo de Maryland y Montagnier y el Inst. Pasteur.*

<sup>139</sup> SEUBA TORREBLANCA, J. *Op. cit.*

Estamos frente a un agente infeccioso que desarrolla su actividad parasitaria en las células que contagia, que no tiene vida independiente, y que al ser virus solo pueden ser observados en un microscopio electrónico.

Según ONUSIDA, son vías de contagio los diferentes fluidos corporales (sangre, semen, secreciones cervicales, leche materna), la vía parenteral (agujas, utensilios punzantes), las relaciones sexuales, la vía vertical, la fecundación y los trasplantes. Los estadios que generalmente se reconocen son<sup>140</sup>:

- a) período latente (*window period*)
- b) período seropositivo sin síntomas, pero con anticuerpos que revelan la infección
- c) fase ARC (*Aids related complex*) se observan síntomas de morbilidad, debilidad general, lesiones cutáneas, afección de ganglios linfáticos, etc.
- d) Sida, el sistema inmunológico se halla destruido

En las “XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil” se abordó, en la Comisión 2, el tema de la responsabilidad por transmisión de enfermedades y se sostuvo lo siguiente en su despacho en el apartado II-3: “Con respecto a los supuestos de daño que los profesionales médicos ocasionan utilizando cosas, ellos generarán una responsabilidad de naturaleza objetiva. Si la relación es contractual existirá una obligación de seguridad-resultado; si la relación es extracontractual el fundamento será el riesgo que informa el art. 1113, 2º párrafo, último apartado CC”.

Los Dres. Mezza, Boragina y Agoglia agregaron: “La transmisión de enfermedades infectocontagiosas a través de transfusiones, constituye violación de la anexa obligación de seguridad que el profesional asume frente al paciente generando responsabilidad contractual objetiva encadenada en el factor de atribución garantida”.

La encefalopatía espongiiforme, conocida como el virus de la vaca loca, es una enfermedad degenerativa causada por un prion que provoca demencia progresiva y disfunciones neuromusculares.

En la variante que nos interesa, la nvCJD, anunciada en marzo de 1996 por el Ministerio de Salud Británico, al no existir consenso sobre la transmisión por sangre y hemoderivados hay países que han utilizado medidas de precaución. Se enrolan en esta línea Gran Bretaña, los Estados Unidos, Nueva Zelanda, Irlanda, Francia y Alemania.

La normativa jurídica aplicable a estos supuestos es en principio, además de las normas del Código Civil y del Ejercicio de la Medicina, la denominada Ley de Sangre 22990, la Ley de Hemodiálisis, la Ley de Sida 23798 y también la Ley de Trasplantes cuando sea conducente; dictadas en virtud del poder de policía del Estado y consagran la obligación de detección de enfermedades.

---

<sup>140</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Vemos que la sangre es considerada cosa y es una cosa riesgosa aunque algunos prefieran hablar de cosa viciosa. Se le aplicaría el art. 1113 2p CC, y con respecto a los hemoderivados cabe aplicárseles La Ley de Protección al Consumidor y sus normas tendientes a la seguridad y a la responsabilidad de la cadena (art. 40).

Se puede inferir que el profesional interviniente se compromete, como obligación principal, a realizar la transfusión de sangre o el tratamiento de hemodiálisis, pero que su deber no se agota en ese acto material, sino que conlleva a que ese acto médico no sea causa de un mal posterior para el paciente.<sup>141</sup>

La responsabilidad del ente asistencial ante los supuestos que nos ocupan es una responsabilidad objetiva<sup>142</sup> y solo podrá eximirse demostrando una causa ajena. En tal sentido, para nosotros el período ventana no configura caso fortuito o fuerza mayor, pues no tiene la característica de ser extraño a la actividad o la cosa (en tal sentido CNCiv “E, RGR c. Centro Cardiológico”, SA JA 2000-II) y encuadra perfectamente en la relación de causalidad adecuada entre el acto realizado y la enfermedad que se desarrolla.

Cabe también que se dé la situación de pluralidad de agentes intervinientes, en el supuesto de responsabilidad colectiva, autor indeterminado, grupo determinado y, como vinimos diciendo, la configuración de la responsabilidad del Estado en virtud del poder de policía.

Creemos que una adecuada respuesta a estos graves problemas, sobre todo por los derechos involucrados, debería provenir del poder Legislativo, mediante la instauración del sistema de Fondo de Compensación o Garantía, para hacer frente a estos tipos de daños, que presentan además una complicación con la situación del período ventana y de la imposibilidad de detección.

Estaríamos frente a una ley de contenido compensatorio dictada por razones de solidaridad que encuentra su precedente en aquellos fondos que otorgaban una compensación a las personas que habían recibido un daño en el caso de la vacunación obligatoria.

Tengamos en cuenta, por citar algunos, los ejemplos de Dinamarca (desde 1987), Reino Unido (desde noviembre de 1987), Francia (desde julio 1989), Suiza (1990), Australia (1991), Italia (febrero de 1992), España (mayo 1993), Canadá (septiembre 1993), Alemania (julio 1995) y los EEUU (1998).

---

<sup>141</sup> MAXIMINO, L.; DI PIETRO, M y LANDIN, P. *La responsabilidad civil del médico hemoterapeuta por contagio de Sida*. LLC, 1992-697.

<sup>142</sup> BUSTAMANTE ALSINA, J. *Op. cit.*

## 10. REFLEXIÓN FINAL

Recordemos con Pinto que al hablar de salud como derecho humano se aplica el principio *pro homine* como criterio hermenéutico, debiendo acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos protegidos, e inversamente si se trata de establecer restricciones permanentes o su supresión extraordinaria.

Frente a las situaciones que vulneran la salud y la vida de los habitantes, los jueces deben apreciar adecuadamente las circunstancias del caso, a fin de establecer, conforme al derecho, a quien le es atribuible la obligación de cubrir este derecho humano fundamental, aplicando para ello todo el plexo normativo que dimana del ordenamiento Jurídico Nacional e Internacional. No es una cuestión de populismo, de activismo judicial, sino de humanismo y de cumplimiento del control y del equilibrio entre los poderes.

Como nos gusta decir, hay que aprender del pasado, del pretor romano, y recordar las luchas que el hombre sostuvo para consolidar sus derechos, pensando que la búsqueda de lo justo nos acompañará siempre y que si bien la Justicia no es una diosa, sí es el alma de la toga que elegimos vestir y tratar de realizar.

## ¿POR QUÉ UN DERECHO A LA SALUD? DISCUSIÓN SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE DETERMINADAS OBLIGACIONES UNIVERSALES

José María Monzón (\*)

### INTRODUCCIÓN

En las primeras páginas de la obra *El enemigo de Dios*, su personaje principal –un jorobado llamado Morabito– dice a quien lo va a visitar: “¡Ah, qué fácil es hablar como usted cuando se tiene dinero, salud y un cuerpo como los demás, bien hecho y derecho, y una mujer que le quiere a usted con hijos hermosos, derechos y bien hechos! Así ya se puede ir por el mundo moliendo harinas de bendiciones al Señor con labios agradecidos”.<sup>143</sup>

Estas palabras señalan una apreciación social bastante extendida en todo cuanto concierne a la salud: quien la tiene posee todo, y quien no, carece de todo lo demás; unos buenos padres dan una buena herencia, y a la inversa, quien no los disfruta debe soportar una pesada carga biológica, como la madre de Genaro –el personaje principal de la novela *En la sangre*–, que desea para él un mejor porvenir aquí en América al igual que todos los inmigrantes, “y en su calenturienta exaltación de tísica, como si idealizara su mal los sentimientos de su alma a medida que demacraba las carnes de su cuerpo, complaciase en forjar así un porvenir de grandezas para su hijo, en acariciar todo un mundo de visiones, entrevistas a través del velo mágico de sus ilusiones de madre”.<sup>144</sup>

Pero Genaro termina delinquiendo, porque su cerebro está orientado por ideas y sentimientos antisociales, fruto del medio en el que vive y cuya influencia recibe, como se pensaba en esa época, tal es el caso de Ingenieros.<sup>145</sup> Por eso, es frecuente asociar temas como herencia, bienestar, dinero y poder a la salud o a

---

(\*) Profesor Regular Adjunto de Teoría General y Filosofía del Derecho e Investigador Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

<sup>143</sup> DE MADARIAGA, Salvador. *El enemigo de Dios*. Buenos Aires: Sudamericana, 1965, p. 30.

<sup>144</sup> CAMBACERES, Eugenio. *En la sangre*. Buenos Aires: Colihue – Hachette, 1980, p. 65.

<sup>145</sup> INGENIEROS, José. “La vanidad criminal” en *La psicopatología en el arte, con anotaciones de Aníbal Ponce*. Buenos Aires: Losada, 1961, p. 88. En el clásico reportaje y crónica de dos homicidas escrito por Capote se lee lo siguiente: “Dick llegó al convencimiento de que Perry era ese ejemplar único, el «asesino nato», absolutamente cuerdo pero sin conciencia y capaz de llevar a cabo, con o sin motivo, los mayores crímenes con la máxima sangre fría”, en CAPOTE, Truman. *A sangre fría*. Sol 90, 2000, p. 61.



la enfermedad, y ello aparece también incorporado a los textos legales que destacan las asimetrías que se producen por las desigualdades existentes dentro de las sociedades y entre los Estados.<sup>146</sup> De este modo, se sugiere la influencia de los denominados determinantes sociales, es decir, las circunstancias en las que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud; condiciones que son el resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos existentes a nivel mundial, nacional y local.<sup>147</sup> Las asimetrías que se producen por las desigualdades sociales y económicas resaltan la vinculación entre economía y salud.<sup>148</sup> Por lo tanto, si el análisis de este derecho es complejo, ello es en razón de que la salud está atravesada por diferentes saberes, por lo cual, su juridificación conlleva varias dificultades que deben ser tratadas antes de analizar qué significa el denominado derecho a la salud.

Es un dato esencial que la salud es un bien y su privación un mal.<sup>149</sup> Este juicio, a la vez ético y ontológico –en principio– no es objeto de debate porque la salud es un bien y es un estado apropiado para el ser humano.<sup>150</sup> Sin embargo, a medida que se profundiza en la significación del término salud, surgen más desacuerdos que los que pudieran imaginarse. Quizás, en realidad, aquello que está –realmente– en el centro de esos desacuerdos es el tema de la enfermedad, porque a partir de esta se describe qué es la salud. Consiguientemente, cuando se habla de salud se hace referencia más a los medios para obtenerla que a los instrumentos para mantenerla, ya que se piensa en la enfermedad antes que en la salud. Pero ade-

---

<sup>146</sup> “La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común [...] La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud”. (en *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, en [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.Pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.Pdf)).

<sup>147</sup> [http://www.who.int/social\\_determinants/es/index.html](http://www.who.int/social_determinants/es/index.html)

<sup>148</sup> “Economía de la salud”, Seminario Internacional, Onofre Muñoz, Luis Durán, Juan Garduño, Hermán Soto (Editores), Instituto Mexicano del Seguro Social, México, 2003, pp. 11-78. En este trabajo se señala que el interés de la economía en la salud se deriva de la definición propia de la economía como el uso correcto y efectivo de los recursos disponibles en un sistema, o en una sociedad. Pero también influye que en los sistemas de salud de diferentes países durante los últimos 20 años se ha dado un proceso de incremento en los costos sin que se perciba una relación directa con beneficios en el nivel de salud, por ejemplo en la esperanza de vida al nacer.

<sup>149</sup> Para Aguilera la salud es un gran bien, pero no es el único, ya que su prosecución debe inscribirse dentro del conjunto de bienes de la persona, y el cómo se inserta es determinado por las propias elecciones de la persona, y esta determinación sólo puede ser hecha por ella (en AGUILERA, Pablo. *En la frontera vida/muerte: problemas bioéticos*. Santiago de Chile: Universitaria, 1990, p. 93).

<sup>150</sup> Aunque ciertas enfermedades adquirieron –si se puede decir– algún prestigio o fueron o son metáfora de determinadas conductas, por ejemplo, la epilepsia, la tuberculosis o el sida. (cfr. SONTAG, Susan. *La enfermedad y sus metáforas. El sida y sus metáforas*. Buenos Aires: Taurus, 2da. ed., 2003).

más la enfermedad no es solo un concepto médico, es asimismo una palabra que contiene diversas metáforas acerca de la vida humana individual y colectiva, “la fábula de las muertes suaves y fáciles [...] forma parte de la mitología que rodea la mayoría de las enfermedades no consideradas vergonzosas ni degradantes”.<sup>151</sup> Por ello, importa tener presente esto a fin de comprender la significación social del derecho a la salud. Luego, lo primero que corresponde preguntarse es qué se dice cuando se habla del derecho a la salud.

Esta pregunta nos conduce a investigar cómo se ha construido este derecho. Este –como otros derechos humanos fundamentales– requiere un determinado nivel de justificación que vaya más allá de los textos legales, pues en su constitución entran cuestiones que involucran a la religión, a la ética, a la cultura, a la economía, y por supuesto, a la medicina. La idea de que la medicina progresará de tal manera que las enfermedades van a desaparecer es una concepción ampliamente difundida, la cual, en algunos casos, estaba unida a la perspectiva de un progreso indefinido de la humanidad muy en boga a partir del siglo XIX. En esta justificación desmesurada del progreso y del poder de la medicina entran en juego temas como la vida humana, el cómo debe vivirse y las condiciones en que ella –en la práctica– se desarrolla. Esto abre la puerta a la discusión contemporánea sobre la calidad de vida y el medio ambiente.<sup>152</sup> Se entiende, entonces, el nivel de los conflictos que se plantean cuando se discute legislativa o judicialmente este derecho.<sup>153</sup>

Lo segundo a considerar es el peso que ha adquirido el poder estatal en el control de la intimidad y del cuerpo de los individuos. En particular, este derecho creado al efecto, ha quedado vinculado desde el siglo XX con el desarrollo del biopo-

<sup>151</sup> SONTAG. *Op. cit.*, p. 123.

<sup>152</sup> *Debe tenerse en cuenta que este término puede ser establecido como un fin en sí mismo o como un medio. Para algunos la calidad de vida significa un “término multidimensional de las políticas sociales que significa tener buenas condiciones de vida ‘objetivas’ y un alto grado de bienestar ‘subjetivo’, y también incluye la satisfacción colectiva de necesidades a través de políticas sociales en adición a la satisfacción individual de necesidades”* (en PALOMBA, Rossella. “Calidad de Vida: Conceptos y medidas”, Taller sobre calidad de vida y redes de apoyo de las personas adultas mayores. CELADE / División de Población, CEPAL, 2002, disponible en [http://www.eclac.org/celade/agenda/2/10592/envejecimientoRP1\\_ppt.pdf](http://www.eclac.org/celade/agenda/2/10592/envejecimientoRP1_ppt.pdf)).

<sup>153</sup> “Está fuera de debate que reina la autonomía de la voluntad en la elección del método de salud a seguir cuando se trata de adultos capaces. No sucede lo mismo en este caso, que la medicina preventiva pondría a un niño pequeño al resguardo de enfermedades hoy prácticamente erradicadas, como la poliomielitis, solo con darle una vacuna. El modelo de vida seleccionado por la familia es respetable siempre que no se afecten los derechos de un tercero. No está en discusión las bondades que pueda tener la medicina homeopática y ayurvédica, incluso no cabe ninguna duda del derecho de opción en personas mayores y, asimismo, en menores de edad si la aplicación de la misma no pone en riesgo su salud en su máxima expresión que, obviamente, incluye la prevención de enfermedades”. (del Juez GENOUD en N.N. o U., V. “Protección y guarda de personas”, SC BuenosAires, 06/10/2010, La Ley Online, AR/JUR/58570/2010).

der<sup>154</sup>, “la politización de la nuda vida como tal, constituye el acontecimiento decisivo de la modernidad, que marca una transformación radical de las categorías político-filosóficas del pensamiento clásico”.<sup>155</sup>

Por consiguiente, para el examen de este derecho se requiere considerar que este es un objeto transversal de estudio y que por eso precisa de un eje de análisis que contenga de un modo amplio todas las materias involucradas, el cual es –a nuestro juicio– el ser humano y su libertad.<sup>156</sup> Si bien este eje parece demasiado extenso, existe una razón relevante para tal elección, a saber: es el ser humano a quien se refiere todo cuanto concierne a la salud<sup>157</sup>, y este es un elemento destacado en orden a la edificación de un medio ambiente propicio para él.<sup>158</sup> En consecuencia, en este trabajo se examinará la genealogía de este derecho, siendo los objetivos del mismo: a) brindar una argumentación fuerte acerca de qué se entiende por derecho a la salud, y b) evaluar su implementación a la luz del biopoder.

<sup>154</sup> FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France 1975-1976*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2006; AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: El poder soberano y la nuda vida*. Madrid: Editora Nacional, 2002.

<sup>155</sup> AGAMBEN. *Op. cit.*, p. 12.

<sup>156</sup> “cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente–, su persona es inviolable”. (en consid. 12 del voto de los doctores BARRA y FAYT, Bahamondez, Marcelo, CS, 06/04/1993, con nota de Néstor Pedro SAGÜÉS, LL 1993-D, 130)

<sup>157</sup> “conviene recordar de manera preliminar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, y es el primero de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, desde que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su carácter trascendente– su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes revisten siempre condición instrumental” (doctrina de Fallos 323:3229, 325:292, entre otros)”. (en S., J. N. c. Ospe, JFedMardelPlata Nro4, 12/02/2010, La Ley Online, AR/JUR/48099/2010).

<sup>158</sup> OMS, *Indoor air pollution and health, Fact sheet N°292, June 2005*. “De las 102 principales enfermedades, grupos de enfermedades y traumatismos que cubre el Informe sobre la salud en el mundo de 2004, los factores de riesgo ambientales contribuyeron a la carga de morbilidad en 85 categorías. La fracción de la morbilidad atribuible específicamente al medio ambiente variaba de manera notable entre las diferentes enfermedades. Se calcula que en todo el mundo el 24% de la carga de morbilidad (años de vida sana perdidos) y aproximadamente el 23% de todas las defunciones (mortalidad prematura) eran atribuibles a factores ambientales [...] Aunque esto supone una importante contribución a la carga de morbilidad global, esta estimación es moderada, ya que todavía no hay datos probatorios sobre muchas enfermedades. Además, en muchos casos, la vía causal entre el riesgo ambiental y la aparición de la enfermedad es compleja”. (en PRÜSS-ÜSTÜN, Annette. *Ambientes saludables y prevención de enfermedades: hacia una estimación de la carga de morbilidad atribuible al medio ambiente: resumen de orientación / A. PRÜSS-ÜSTÜN, C. CORVALÁN, OMS, 2006, p. 5).*

## CUESTIONES PREVIAS A LA DISCUSIÓN SOBRE EL DERECHO A LA SALUD

La razón que justifica este análisis previo es la consideración de ciertos temas que son esenciales en la construcción de este derecho. En primer lugar, se debe recordar y reafirmar que el hombre posee capacidad para decidir según su conciencia. Esta afirmación requiere algunas precisiones. No cabe duda de que existen diferentes apreciaciones de lo sano, como observaremos luego, sin embargo, esto no impide constituir a la salud como un valor –siguiendo la terminología moderna<sup>159</sup>– o sea, como algo que se conforma a la propia naturaleza humana, por lo cual se sigue que la enfermedad es un mal.<sup>160</sup>

En segundo lugar, la conciencia puede ser errónea en su juicio acerca de qué es un valor y cómo se constituye. Por diversas circunstancias que la afectan en particular, la conciencia se puede equivocar en sus juicios.<sup>161</sup> Al respecto, es útil recordar que ella es el producto de un conjunto de factores de diferente gravitación, como por ejemplo, la violencia, las pasiones, la ira, la ignorancia, y los condicionamientos sociológicos.<sup>162</sup> Al respecto, dice Tomás de Aquino que “las acciones particulares son contingentes, y por tanto, el juicio de la razón sobre ellas puede seguir direcciones diversas, no estando determinado en una sola dirección”.<sup>163</sup> La captación de la realidad por los individuos no se da de la misma manera. Este es un punto relevante cuando se analiza la significación individual y social de la salud.

En tercer lugar, interesa subrayar la situación del hombre en el mundo. Si bien un individuo puede elegir vivir aislado, su condición natural es la convivencia con otros con quienes tendrá mayor o menor empatía. Luego, pueden darse y se dan las situaciones cotidianas de conflicto, que adquieren importancia cuan-

---

<sup>159</sup> “El término *valor*, tal como se entiende generalmente en la filosofía contemporánea, tiene el mismo sentido que la expresión escolástica *ratio boni*: designa aquello por lo cual una cosa es buena” (en DE RAEYMAEKER, Louis. *Filosofía del ser: Ensayo de síntesis metafísica*. Madrid: Gredos, 2da ed. revisada, 1968, p. 245).

<sup>160</sup> “El mal no puede presentarse más que en el orden accidental, y sólo puede afectar al desarrollo activo del ser finito. Este desarrollo se realiza en una dirección determinada, y es la naturaleza, principio sustancial de la actividad, la que constituye su norma”. (en DE RAEYMAEKER. *Op. cit.*, p. 247). Para Aguilera la salud no es más que una cualidad de la vida, es la condición físico-psicológica en la cual la vida de un ser humano puede desarrollarse con normalidad. (en *Op. cit.*, p. 92).

<sup>161</sup> “La convicción con la que termina nuestro discurso la denominamos conciencia, conciencia que no siempre posee la certeza de hacer objetivamente lo mejor” (en SPAEMANN, Robert. *Ética: cuestiones fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 7ta ed., 2005, p. 95).

<sup>162</sup> Esto destaca lo que algunas teorías psicosociales han remarcado acerca de la interdependencia entre el individuo y la sociedad, las que sin negar la existencia de una naturaleza humana, destacan lo plástico y maleable que es la sociedad y cuanto ella implica en el desarrollo de la personalidad. (en HALL, Calvin S. y LINDZEY, Gardner. *Las teorías psicosociales de la personalidad*. Adler, Fromm, Horney y Sullivan. Buenos Aires: Paidós, 1974, p. 88 y ss.).

<sup>163</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 83, a. 1.

do se debaten puntos que afectan a los derechos y a las libertades básicas. Esto permite comprender el nivel de las controversias en cuestiones como la vida, la enfermedad y la muerte.<sup>164</sup> Por consiguiente, no extraña las pocas probabilidades de lograr un acuerdo mínimo entre las diferentes posturas en estos puntos.<sup>165</sup> A esto se agrega el valor de las imágenes brindadas por la cultura a fin de estimar por qué los individuos toman ciertas decisiones respecto de su vida, “es casi imposible residir en el reino de los enfermos sin dejarse influenciar por las siniestras metáforas con que han pintado su paisaje”.<sup>166</sup>

Por último, cabe recordar que la persona tiene responsabilidades independientemente de las que el sistema legal le atribuya. A partir de la asignación de un lugar preeminente a la subjetividad en el orden de los comportamientos, la voluntad se ha ubicado como regla primera del derecho. Entonces, si bien en “lo que atañe a uno personalmente, parece a primera vista que el hombre es señor de sí mismo y libre de hacer lo que más le plazca; (...) en lo que atañe a los otros, es evidente que el hombre está obligado a darles lo que les es debido”.<sup>167</sup>

Teniendo en cuenta esto, queda por preguntarse si el derecho a la salud comporta también el ser un acto de justicia. Al respecto importa observar que el primer obstáculo para la comprensión del término justicia es el reduccionismo que ha sufrido. Vallet de Goytisoletó señaló que “se tiende miméticamente a extender enormemente la justicia distributiva hasta hacerla abarcar todo cuanto no sea justicia conmutativa o justicia protectora; e incluso, insensiblemente, se tiende a reducir el campo de estas, que va siendo invadido por aquélla”. Es la idea que subyace en la concepción del Estado benefactor o el Estado protector; la de la concentración estatal de la creación de los derechos, de los deberes y de las sanciones. El segundo obstáculo es la conformación actual del poder estatal, poder que -de manera disimulada dice Guardini- bajo el pretexto de búsqueda del bienestar, del progreso y de los derechos humanos, es en realidad un acrecentamiento del mismo fundado en el *ethos* burgués que significa la realización de la plena autonomía del individuo.<sup>169</sup> Aunque -como se expuso anteriormente- en la práctica significa una mayor injerencia del Estado en la vida cotidiana.

A esto se agrega que -bajo ciertas circunstancias- el Estado actúa contra las decisiones de los sujetos involucrados<sup>170</sup> a partir de una actitud paternalista. Sin em-

<sup>164</sup> *Se podría decir que se convierten en conflictos de creencias por la incidencia que tienen la ética y la religión, lo cual los torna más complejos, y tienen esa faz las controversias judiciales en torno al derecho a la salud.*

<sup>165</sup> SINGER, Peter. *Practical Ethics*. University of Cambridge: University Press, 1992; MACKLIN, Ruth. *Dilemas: Los problemas éticos y morales que médicos, pacientes y familiares enfrentan hoy*. Buenos Aires: Atlántida, 1987.

<sup>166</sup> SONTAG. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>167</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica, II-II, q. 122, a. 1.*

<sup>168</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “Igualdad y justicia (cinco olvidos o confusiones en torno al concepto de justicia)” en *Algo sobre temas de hoy*. Madrid: Speiro, 1972, p. 85.

<sup>169</sup> GUARDINI, Romano. *El poder: Un intento de orientación*. Madrid: Cristiandad, 2da ed., 1977.

bargo, en este panorama debe quedar en claro que en razón de la justicia social, la sociedad está obligada a garantizar a los individuos los medios para acceder a la salud,<sup>171</sup> en especial, a los más necesitados, aun a costa del sacrificio de los que están sanos.<sup>172</sup> Por ello, frente a las controversias jurídicas en torno a resolver en particular una aplicación del derecho a la salud, la solución pasa por un delicado balance entre la libertad humana y la decisión estatal de obligar a realizar determinados comportamientos referidos a la salud<sup>173</sup>, los cuales dentro del capitalis-

<sup>170</sup> “En la práctica judicial, el conflicto entre los intereses comprometidos se ha presentado, sobre todo, en el caso de los `testigos de Jehová`, cuyas creencias religiosas les impiden recibir transfusiones de sangre de terceros. Los primeros fallos y las primeras opiniones doctrinarias se pronunciaron en esos casos por priorizar el valor vida. El fallo de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación en la causa Bahamondez –compartido por un sector de la doctrina– supone un cambio significativo de aquél criterio inicial”. (en José W. “El consentimiento del paciente en el acto médico. Negativa de asentir. El caso Bahamondez” en Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General, LL, 2003, 01/01/2003, p. 43). En Bahamondez los jueces BARRA y FAYT expresaron en el consid. 11 “el art. 19 de la Ley 17132 de `Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración` dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán –entre otras obligaciones– respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventaja toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones”.

<sup>171</sup> “La Constitución Provincial reconoce la salud como derecho fundamental de la persona y consagra como una obligación ineludible del Estado la de garantizar el derecho a la salud integral pública y gratuita a todos sus habitantes, sin distinción alguna, mediante la adopción de medidas preventivas, sanitarias y sociales adecuadas. También, considera al medicamento como un bien social básico y pone en cabeza del Estado la obligación de arbitrar los mecanismos que garanticen su accesibilidad para todos los habitantes de la provincia (art. 142)”. (en “Nieva, Graciela Del Valle c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán y otro”, C. Contencioso administrativo Tucumán, 01/12/2009, LLNOA2010 (mayo), 395; “Las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la presente norma, a través de los organismos dependientes del Estado [...] el artículo debe ser interpretado [...] comprendiendo, no sólo a los que carecen de obra social, sino también a los afiliados a obras sociales que, por no estar incluidas en la enumeración del artículo 1 de la Ley 23660, tampoco están obligadas a las prestaciones (P.R.E. S.2ª. 2006-III-493)”. (en “Páez, Leonardo Fabián y otra c. Provincia de San Juan (D. O. S.)”, C. J. San Juan Sala II, 17/11/2009, DJ26/05/2010, 1404).

<sup>172</sup> AGUILERA. Op. cit., p. 95.

<sup>173</sup> “Hoy no puede dudarse que como regla general la licitud de cualquier tratamiento médico está subordinada al asentimiento del paciente, cualquiera sea el fundamento en que se sustente esa necesidad. La doctrina la funda en el derecho personalísimo a la integridad física o en el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo o en el derecho a la libertad (a la autodeterminación de la persona). Sucede que la naturaleza de los intereses en juego –la integridad física, la salud, la vida– determinan que el paciente sea el árbitro único e irremplazable de la situación: él es quien se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la imposibilidad de una sobrevida llena de deficiencias y limitaciones y a un tratamiento o intervención que a veces sólo ofrecerá la probabilidad –precaria– de una prolongación transitoria de la vida”. (en TÓBIAS. Op. cit., p. 43; PINO, Giorgio, “Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali: Una mappa dei problema”, en Ragion Pratica, 28, 2007, pp. 219-276).

mo, quedan sujetos a la ley del rendimiento, por lo cual, este derecho queda bajo la perspectiva del bienestar económico.<sup>174</sup> Esto se entiende mejor cuando se considera el puesto que ha adquirido, en la modernidad, la autonomía individual.

## AUTONOMÍA INDIVIDUAL Y PROPIEDAD SOBRE EL CUERPO

Las cosas constituidas como bienes o valores no pueden evitar la presencia de juicios contradictorios respecto de sí mismos: una misma cosa no puede poseer valor y carecer de él simultáneamente. O tener un valor absoluto y un valor relativo al mismo tiempo. Esto nos advierte acerca de las dificultades al momento de fundar que una determinada cosa es un bien. No es sencillo conocer el bien y “quizás la causa de ser así no está en las cosas, sino en nosotros mismos”.<sup>175</sup> Spaemann expresa que lo evidente no aparece en estado puro, “ningún *ethos* real, con validez en una sociedad, es evidente a secas, ya que acarrea consigo ciertos rasgos de ignorancia, opresión y apremio”.<sup>176</sup> Por lo tanto, si la salud es un bien que posee un valor absoluto, es un tema sujeto a debate, como lo es su definición.

En primer lugar, con referencia a si la salud es un valor absoluto, surgen algunas dudas. Se sostiene que ella es un gran bien, pero no es el único. Integrada en el conjunto de otros bienes, la salud es un bien personal básico que perfecciona una dimensión de la existencia humana. Luego, es un valor relativo considerando su relación con el principio de la inviolabilidad de la vida humana y con la concepción de la totalidad del ser humano, lo cual significa que el cuerpo no es tomado en forma absoluta.<sup>177</sup>

En segundo lugar, en cuanto a la definición de salud, existen dos cuestiones relevantes. La primera concierne a su misma definición y la segunda se refiere a su vinculación con el término bienestar. Al respecto, la definición del término salud dada por la OMS expresa lo siguiente: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> ARREOLA ORNELAS, Héctor; GARDUÑO ESPINOSA, Juan; SOTO MOLINA, Herman; GRANADOS GARCÍA, Víctor; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Evangelina. “Los efectos de la salud sobre el crecimiento económico: hallazgos microeconómicos y macroeconómicos” en *Economía de la salud. Op. cit.*, pp. 33-47. “Muchos autores asumen una relación causa efecto entre los recursos y las condiciones de vida: mientras más y mejores recursos uno tenga mayor es la probabilidad de una buena calidad de vida” (en PALOMBA. *Op. cit.*)

<sup>175</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica, Libro segundo.*

<sup>176</sup> SPAEMANN. *Op. cit.*, p. 16.

<sup>177</sup> AGUILERA. *Op. cit.*, pp. 90-100: “cualquier valor o contenido, en determinadas circunstancias, frente a valores más altos, debe –así parece– dejar paso a tareas más urgentes o deberes más fundamentales” (en SPAEMANN. *Op. cit.*, p. 111).

Y agrega: “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”.

Es por ello que “la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”.<sup>179</sup>

Por un lado, la definición empleada determina que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social. No cabe duda de que ambas palabras están relacionadas, pero si la salud es un término difícil de definir, más lo es el bienestar, suponiendo que se encuentre una regla interpersonal para medirlo. El bienestar posee un elemento subjetivo importante que torna espinoso cualquier juicio que se haga del mismo. Por el otro, la salud es un concepto que se extiende<sup>180</sup> y abarca diversas zonas de la vida humana que incluyen a su intimidad y a decisiones muy personales<sup>181</sup> -y por ello, muy controvertibles-, en las cuales conviene recordar lo expresado por la Ley 26529 (B.O.: 20/11/2009) en su Art. 2 b): “Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes”.

Y el inciso e) del mismo artículo dice: “Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061<sup>182</sup> a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”.

<sup>178</sup> *Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 12. 1. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”; 16/12/1966; Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 25. 1. “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, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”, 10/12/1948.*

<sup>179</sup> [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

<sup>180</sup> *Ella comprende la salud ambiental, la salud bucodental, la salud de la mujer, la salud de los adolescentes, la salud del niño, la salud materna, la salud mental, la salud ocupacional, la salud reproductiva y la salud sexual.*

<sup>181</sup> *Es lo que sucede con la eutanasia, pero también con la compra y venta de órganos, dando lugar este último caso, al turismo de trasplante. (Véase “Tráfico de órganos sin tapujos en China”, El País, Madrid, 14/03/2010, pp. 5-6).*

<sup>182</sup> *Ley 26061 de Protección Integral de los Niñas, Niños y Adolescentes.*



Entonces, ¿fue ventajoso agregar la palabra bienestar?

A modo de intentar un camino de solución podemos partir del análisis de la conducta de tres individuos: uno a quien se denomina el “goloso empedernido”, un segundo sujeto a quien se llama la “joven vida sana”, y un tercero a quien se nombra como la “señora automedicación”. Quizás con estos tres tipos algunas dudas sobre el ejercicio de la autonomía individual queden aclaradas, y se pueda despejar el significado de salud y de su término relacionado, el bienestar.

El “goloso empedernido” no puede evitar su afición a los alimentos dulces. No le interesa tanto su salud cuanto su bienestar personal acerca del cual tiene su propia definición (casera e inoponible a otros), pero válida para él. En el segundo caso, “la joven vida sana” opta por una alimentación vegetariana que no perjudique su salud para lo cual cuenta con la ayuda de diversas publicaciones y hasta de perspectivas religiosas en las cuales justificar su posición frente a qué debe ser estimado como saludable. Ella también cree que de esta manera logra su bienestar. Por último, la “señora automedicación” decide que es saludable aquello que ha sido demostrado como tal en las vidas de otras personas, por lo cual, se guía solo por su relevamiento de datos vecinales y familiares sobre qué es saludable. En los tres casos expuestos, ¿existe algún fundamento para que el Estado intervenga en sus vidas recomendando qué es saludable?

En los tres existe una posición que subraya la autonomía de la persona en la elaboración de su plan de vida, al mismo tiempo que resalta la disposición del propio cuerpo. Es muy probable que ellos no impongan a otros a seguir sus pautas de vida y que tampoco dejen de enaltecer su decisión. No obstante esto, de cara a la obligación que han asumido los Estados con respecto a la salud<sup>183</sup>, no parece que estas personas acepten de buen grado una conducta paternalista del Estado. Es más, pueden lograr la adhesión de otros que actúen como ellos para resistir cualquier intento que los obligue a cambiar de vida. Sin embargo, basta con al menos un individuo que sostenga este plan de vida para que el Estado aprecie si vale la recomendación, o en su caso, la obligación de lograr una situación saludable contraria a la decisión del o de los individuo/s involucrado/s. Esto vale también para juzgar las teorías que sustentan el derecho de propiedad sobre el propio cuerpo.<sup>184</sup>

---

<sup>183</sup> *Entre las normas internacionales se pueden citar: “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 1966; “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, 1979; “Convención sobre los Derechos del Niño”, 1989; “Carta Social Europea”, 1961; “Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, 1981, y “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)”, 1988.*

<sup>184</sup> *Son teorías que si bien defienden la autonomía de la persona no pueden evitar caer en una cosificación del propio cuerpo. En este sentido, vale recordar lo expresado por Gastaldi, “hay que dejar sentado que aquello de que el cuerpo estaba absolutamente fuera del comercio es un principio que paulatinamente se deja de aplicar” (en “Contratos relativos a la persona y a su cuerpo” en *Tutela de las personas: ciclo de mesas redondas, Temas de Derecho Privado*, n. IV, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1993, p. 53).*

El problema es que los Estados manifiestan que están ante un imperativo ético-legal integrado en los sistemas jurídicos que los impele a actuar de esta manera.<sup>185</sup> Por lo cual, queda un escaso margen –o probablemente, ninguno– para que los individuos puedan tomar decisiones sobre su salud. Y si lo hacen, necesitan contar con una norma legal previa. El Estado es el único productor de normas, quien delimita los derechos y los deberes de los individuos y, al hacerlo, asigna la cantidad de libertad que cada uno puede detentar. Esto coloca a nuestros personajes frente a cuestiones críticas respecto de su plan de vida. Lo expuesto merece, entonces, la descripción de los corolarios que se siguen del estado actual de la intervención legislativa en la salud.

Nuestros tres personajes ven reducida su libertad personal toda vez que el Estado prescribe qué se debe entender por salud y por saludable, lo cual es contrario a la idea difundida tanto por los liberales, los socialistas y los marxistas de que el crecimiento científico-técnico conduciría a la humanidad ineluctablemente al “reino de la libertad” para dejar definitivamente el reino de la necesidad.<sup>186</sup> Independientemente de que muchas de las normas legales y de derecho judicial contengan normas valiosas de conducta para preservar y obtener la salud, el Estado asume como obligación la preservación de la misma en los individuos. Y si bien esto no admite objeción cuando se consideran los efectos de las enfermedades, no queda igualmente claro cuando se evalúan conductas sin efectos perjudiciales para los terceros –al menos en lo inmediato– como lo son los comportamientos descriptos. No obstante eso, conviene tener presente –nota Aguilera– que el ejercicio de la libertad en las elecciones de la vida y la salud debe ir junto con el ejercicio de la responsabilidad en el cuidado de los bienes y los valores. Esto aparece en forma clara cuando se manifiesta una compraventa de órganos aunque haya consentimiento por parte del vendedor. Por lo tanto, si se quiere resguardar

---

<sup>185</sup> *El modo de actuación estatal que ha prosperado es el de la imposición de los valores que se han de defender en una sociedad. Para Álvarez se deben diferenciar dos enfoques: el neoliberal-utilitarista y el enfoque de derecho. Mientras el primero privilegia el respeto a los derechos civiles y políticos como la vida o la integridad física, que son derechos denominados de obligatoriedad perfecta, y tienen carácter de exigibilidad frente al Estado, este enfoque estima el cuidado y la asistencia sanitaria como derechos de obligatoriedad imperfecta que pueden ser solicitados en virtud del principio de beneficencia, pero no exigidos como un derecho humano fundamental. El segundo enfoque, por su parte, se sustenta en la convicción de que la garantía del derecho a la salud se relaciona con la resolución de las inequidades de salud, y parte del reconocimiento de una carta de derechos que no discrimine por ninguna condición social o económica a los miembros de la sociedad. (en ÁLVAREZ-CASTAÑO, L. S. “El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral” en Rev. Panam. Salud Pública, 2005, n° 2, vol. 18, pp. 131-132 cit. en MORENO, Mónica Cecilia; LÓPEZ, María Victoria, “La salud como derecho en Colombia: 1999-2007” en Rev. Gerenc. Polit. Salud, Bogotá (Colombia), 8, 16, enero-junio de 2009, p. 137. Sobre estos enfoques trataremos a lo largo de este trabajo.*

<sup>186</sup> ARELLANO HERNÁNDEZ, Antonio. “La Filosofía de Michel Serres: una Moral de Base Objetiva”, en *Convergencia*. septiembre-diciembre 2000, n. 23, p. 32.

la autonomía de las personas conviene elaborar normas legales que contengan propuestas de comportamientos, porque el recurso al derecho penal no asegura las conductas de los individuos, y si después de agotar otros medios se recurre a este derecho, no debe olvidarse que lo que prima es la voluntad de la persona.<sup>187</sup> También se debe considerar, en el marco de una cultura de la imagen. Como expone Sontag, se da la estetización de algunas enfermedades tales como la tuberculosis porque se la ha romantizado, siendo el primer ejemplo ampliamente difundido de una actividad particularmente moderna de promoción del propio yo como imagen, al punto que para esta autora, el culto de la flacura en el siglo XX es el último bastión de las metáforas ligadas a la tuberculosis romantizada de fines del siglo XVIII y principios del XIX.<sup>188</sup> En igual sentido, se manifiesta esta autora con respecto a la romantización de la locura, la cual pasó a estar asociada a una sensibilidad superior, vehículo de sentimientos espirituales.<sup>189</sup>

Frente a esto, ¿ayuda la definición de salud?

Al respecto incumbe recordar que la palabra bienestar, incluida en la definición de la OMS, comporta varios problemas que se derivan de la necesidad de establecer un criterio aplicable a todos los individuos. En este sentido, resulta más apropiado referirse a una noción menos dependiente de criterios personales, lo cual no implica que disminuyan las controversias. La utilización del término bienestar responde a los criterios derivados del utilitarismo desarrollados en la ética norteamericana, en especial en la ética médica de este origen.<sup>190</sup> Por ello, parece más adecuado hablar de la *buena vida*, es decir de aquella medida que sirve para juzgar qué conductas son aptas para obtener una progresiva autocreación que lleve al ser humano a ser una persona. Esto implica una jerarquización de los bienes por medio de la razón práctica.<sup>191</sup> Esta posición preserva la autonomía del individuo, pero le da una norma de actuación. Con base en esto podemos decir que nuestros tres personajes actúan partiendo de modelos más o menos dominantes en la cultura, por lo cual, si bien sus decisiones sobre lo saludable admiten objeciones, ellas son el fruto de una elección personal, y de ella se deriva una responsabilidad, al menos en el plano ético.

---

<sup>187</sup> "Consciente de que la impotencia puede llevar a un enfermo a tomar este camino (ir a China a realizarse un trasplante de un órgano comprado) dice: 'Hay que entender, aunque no se comparta, que una persona a la desesperada haga esto. Es un reflejo universal'" (en "El viaje de Óscar" en *El País*, Sección Reportaje. Madrid, 14/03/10, p.3).

<sup>188</sup> SONTAG. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>189</sup> SONTAG. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>190</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN, José Miguel. *Bioética, poder y derecho*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense, 1993, p. 10.

<sup>191</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN cita en apoyo de esta posición -a la cual adherimos- a Giuseppe Abba, Alasdair Macintyre y a Eudaldo Forment (en *Op. cit.*, pp. 11-22).

Por consiguiente, lo que importa saber para poder actuar es si determinadas consecuencias nunca pueden ser causadas, o si al contrario, está permitido cualquier acto con tal de que a la larga quede justificado por el conjunto de consecuencias positivas.<sup>192</sup>

Este dilema manifiesta el problema del *voluntario indirecto*, que se presenta cuando la voluntad permite un efecto que estaba previsto, ligado a lo que efectivamente se quiere –dice Aguilera– por ejemplo, cuando un analgésico produce somnolencia la cual está permitida en razón del fin directamente buscado.<sup>193</sup>

En suma, estimamos que las apreciaciones indicadas corrigen la definición de la OMS, o más bien, le dan un fundamento ontológico, porque la corporeidad humana es un todo unitario, el resultado de una conjunción de partes distintas unificadas orgánica y jerárquicamente en una existencia única y personal.<sup>194</sup> Por esta razón, el derecho a la vida precede al derecho a la salud y se convierte a este último en un derecho a los medios y a los cuidados indispensables para la defensa y la promoción de la salud.<sup>195</sup> Cómo se logra esto será el tema del siguiente punto.

## EL DERECHO A LA SALUD O LAS DESVENTURAS DE UN DERECHO BÁSICO

Con referencia a esto, es útil recordar que es un derecho de elaboración moderna. Este se asienta sobre ciertas ideas filosófico-políticas acerca de cómo debe ordenarse la sociedad, lo cual ayuda a entender por qué las posiciones de las personas libertarias como las ejemplificadas precedentemente son controvertidas. Luego, para comprender la genealogía de este derecho conviene remitirse a la concepción contractualista adoptada por los sistemas legales modernos.

En primer lugar, esta concepción no es tanto una indagación histórica sobre el origen del Estado cuanto la búsqueda de un fundamento de validez del mismo,

---

<sup>192</sup> SPAEMANN. *Op. cit.*, p. 82. “Si cumplir con lo que aparece como una obligación moral puede traer aparejadas consecuencias más negativas que no hacerlo, ¿debemos actuar de acuerdo con esa obligación moral o no? ¿Sigue tratándose de una obligación moral en ese caso? O, en cambio, ¿es moralmente correcto esforzarse por obtener las mejores consecuencias de nuestras acciones siempre que sea posible?” (en MACKLIN. *Op. cit.*, p. 42).

<sup>193</sup> AGUILERA. *Op. cit.*, p. 96. Según este autor para se permitan de modo lícito los efectos malos de una intervención médica que busca un fin bueno se requiere: a) que la acción terapéutica en sí misma sea buena; b) que no haya otros medios de efectuar el diagnóstico en forma eficaz o de tratar dicha patología; c) que haya posibilidad de llegar a un diagnóstico o un éxito terapéutico, y d) que haya consentimiento del paciente o de su representante legal (en *Op. cit.*, p. 96).

<sup>194</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN. *Op. cit.*, p. 21.

<sup>195</sup> SERRANO RUIZ-CALDERÓN. *Op. cit.*, p. 20.

afirma Cassirer.<sup>196</sup> Para la modernidad la Constitución es hija de la filosofía política inglesa, de los documentos de las colonias de América del Norte y de la Ilustración. La Constitución inglesa se convierte en el instrumento para que el hombre asegure su libertad.<sup>197</sup> De donde el problema acerca de la justicia de una ley se convierte en un problema de constitucionalidad y los de la ética en cuestiones de contenido material de la norma jurídica o de valoraciones sociales. Luego, el interés del Estado pasa por organizar la sociedad asegurándose el poder de intervenir en la vida de los ciudadanos.<sup>198</sup> Por ello, el pacto se convierte en la fuente de las normas que aseguran la convivencia. Es decir, no hay otra obligación más que la nacida del poder soberano que prescribe los bienes que un hombre puede disfrutar y las conductas que debe realizar; y en caso de disputa es el mismo poder quien soluciona el conflicto, porque no hay pacto que se cumpla sin el poder de la espada.<sup>199</sup> Entonces, el derecho consiste en la libertad de hacer o de abstenerse.<sup>200</sup> La ausencia de restricción pasa a ser una obligación del Estado hacia los individuos. Sin embargo, el influjo que tiene esta idea sobre la relación entre las libertades individuales y el Estado es relativo. Más si se considera la asimetría entre la búsqueda del bienestar y el contenido material de las libertades civiles. En segundo lugar, es un hecho que la salud ocupa una parte destacada en las legislaciones modernas, tanto locales como internacionales, siguiendo los lineamientos de la “Declaración Universal de Derechos Humanos” y de la OMS.<sup>201</sup> Ubicada en el catálogo de los derechos humanos<sup>202</sup>, su integración en los siste-

<sup>196</sup> SPAEMANN. *Op. cit.*, p. 82. “Si cumplir con lo que aparece como una obligación moral puede traer aparejadas consecuencias más negativas que no hacerlo, ¿debemos actuar de acuerdo con esa obligación moral o no? ¿Sigue tratándose de una obligación moral en ese caso? O, en cambio, ¿es moralmente correcto esforzarse por obtener las mejores consecuencias de nuestras acciones siempre que sea posible?” (en MACKLIN. *Op. cit.*, p. 42).

<sup>197</sup> TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Introducción al estudio de la constitución*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

<sup>198</sup> AGAMBEN. *Op. cit.*, pp. 11-21.

<sup>199</sup> HOBBS, Thomas. *Leviathan*. “Of the Rights of Sovereigns by Institution”, chapter XVIII.

<sup>200</sup> HOBBS, Thomas. “Of the First and Second Natural Laws, and of Contracts”, chapter XIV. *Op. cit.*,

<sup>201</sup> “La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados. Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos. La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común” (en Constitución de la Organización Mundial de la Salud, en [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)).

<sup>202</sup> “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”. (en Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Documentos básicos, suplemento de la 45a edición, octubre de 2006, disponible en [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)). También debe ser considerada, por ejemplo, la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá en 1948, en cuyo Artículo XI dice: “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”.

mas legales contemporáneos es indiscutible.<sup>203</sup> La salud adquiere un tratamiento relevante como parte esencial de las necesidades básicas que un Estado debe satisfacer.<sup>204</sup> Por consiguiente, cuando se enuncia el derecho a la salud, importa sentar que la salud es un bien jurídico que el Estado debe proteger.<sup>205</sup> Se habla, entonces, de la presencia de un sector –la salud– que proporciona bienes públicos, meritorios y privados. Mientras los primeros favorecen a toda la sociedad, por ejemplo, la producción de agua limpia; los segundos producen un efecto social mayor que el beneficio del individuo que lo consume, por caso, las vacunaciones, en tanto que los bienes privados benefician exclusivamente a la persona que los consume, así los servicios que ofrece el sistema de salud.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> DAMSKY, Isaac Augusto. “La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos” en CIENFUEGOS SALGADO, David; MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen (Coord.). *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 161-205.

<sup>204</sup> “los saladeristas de Barracas no pueden por consiguiente invocar ese permiso para alegar derechos adquiridos, no solo porque él se les concedió bajo la condición implícita de no ser nocivos a los intereses generales de la comunidad, sino porque ninguno puede tener un derecho adquirido de comprometer la salud pública, y esparcir en la vecindad la muerte y el duelo con el uso que haga de su propiedad, y especialmente con el ejercicio de una profesión o de una industria [...] la autorización de un establecimiento industrial, está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al Gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública, contra la cual no hay derechos adquiridos, recobre toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida si estas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos” (en *Los saladeristas* Podestá, Bertram, Anderson, Ferrer y otros contra la Provincia de Buenos Aires; sobre indemnización de daños y perjuicios, 14/05/1887, Fallos: 31:273).

<sup>205</sup> “La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”. (en *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*. Op. cit). Cuando se indica que la salud es un bien jurídico se quiere señalar la tendencia a constituir un derecho penal de la salud. Esto no quita la presencia de una protección penal específica de los trabajadores, “La siniestralidad laboral se presenta como una lacra del mercado, y la sociedad trabajadora exige una solución. La respuesta pasa principalmente por la interiorización de una cultura preventiva por parte de los agentes sociales, lo cual no es de fácil consecución (...) Así pues, corresponde al ordenamiento jurídico proteger en las relaciones laborales el derecho a la vida y la salud como derecho personal e indisponible”. (en GALLARDO GARCÍA, Rosa M<sup>a</sup>. “La protección penal de la salud de los trabajadores” en *DS*, vol. 14, n<sup>o</sup> 2, julio - diciembre 2006, p. 267).

<sup>206</sup> RATHE, Magdalena. *Economía de la salud: Conceptos básicos*. República Dominicana: Fundación Plenitud, s. f., disponible en: [http://www.med.unme.edu.ar/catedras/laps/clases/12\\_economia\\_salud\\_conceptos\\_basicos.pdf](http://www.med.unme.edu.ar/catedras/laps/clases/12_economia_salud_conceptos_basicos.pdf)

En tercer lugar, este derecho se vincula con la dignidad humana y queda asociado con los derechos humanos básicos. Pero, en especial, se relaciona con la libertad del hombre, porque en la vida humana se presentan varias situaciones en las cuales la libertad de elección juega un papel crucial, como se da en los asuntos relacionados, por ejemplo, con la prolongación de la vida o la autorización para recibir determinados tratamientos.<sup>207</sup> Como advierte Llano, esto significa que la calidad de vida auténticamente humana reside en la libertad razonable, que es la forma en que el hombre puede superar la espacialización cuantitativa y lograr la cualitativa temporalidad.<sup>208</sup>

Empero, la complejidad expuesta no acaba allí. La implementación de este derecho colabora en la satisfacción de otros derechos humanos, por ejemplo, el derecho a la alimentación<sup>209</sup> y el derecho a un trabajo decente.<sup>210</sup> Además, va unido a la ejecución de otros derechos como el de la educación.<sup>211</sup> En otras ocasiones y bajo ciertas circunstancias, entra en colisión con otros derechos, por caso, con el derecho a sostener determinadas convicciones religiosas.<sup>212</sup> Todo lo cual señala que su implementación no puede evitar los problemas comunes a todos los derechos humanos fundamentales: la contradicción entre las prácticas legales que

---

<sup>207</sup> “El quid del problema reside entonces en optar por una interpretación meramente teórica, literal y rígida de la ley que se desinterese del aspecto axiológico de sus resultados prácticos concretos o por una interpretación que contemple las particularidades del caso, el orden jurídico en su armónica totalidad, los fines que la ley persigue, los principios fundamentales del derecho, las garantías y derechos constitucionales y el logro de resultados concretos jurídicamente valiosos” (Consid. 6 en Saguir y Dib, *Claudia Graciela s/ autorización*, 06/11/1980, Fallos: 302:1284).

<sup>208</sup> LLANO, Alejandro. *El futuro de la libertad*. Pamplona: EUUNSA, 1985, p. 15.

<sup>209</sup> OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, “Protocolo de San Salvador”, 17/11/1988, Art. 12.

<sup>210</sup> OEA, *Protocolo Adicional a la Convención Americana*, Arts. 6, 7 y 9.

<sup>211</sup> UNESCO, *Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte*, Art. 1 1.1. “Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física y al deporte, que son indispensables para el pleno desarrollo de su personalidad. El derecho a desarrollar las facultades físicas, intelectuales y morales por medio de la educación física y el deporte deberá garantizarse tanto dentro del marco del sistema educativo como en el de los demás aspectos de la vida social”, 21 de noviembre de 1978.

<sup>212</sup> BAHAMONDEZ, Marcelo, CS, 06/04/1993, con nota de Néstor Pedro Sagüés, LL 1993-D, 130. En este fallo los jueces BARRA y FAYT expresaron en el consid. 11 “el art. 19 de la Ley 17132 de ‘Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración’ dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán -entre otras obligaciones- respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”, con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición- legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones”.

los Estados realizan y las máximas aspiraciones de la humanidad, que se apoya en la buena voluntad de los Estados firmantes<sup>213</sup> acerca de cuya predisposición a cumplir la historia muestra múltiples ejemplos contrarios.

Un dato crucial es que la constitución de este derecho, más como un imperativo ético-legal que como un derecho subjetivo, debe ser contextualizada –en su origen– en el marco de las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y en el desarrollo de la tecnología aplicada a la medicina. Las prácticas médicas contrarias a la vida humana y a la dignidad de la persona realizadas durante esta guerra, así como las experimentaciones en seres humanos efectuadas en varios Estados, afianzaron la necesidad de proteger al ser humano en todas las circunstancias de la vida.<sup>214</sup> Sin estas consideraciones no es comprensible el interés de los organismos internacionales en la salud.

<sup>213</sup> *La OMS insta a los Estados Miembros:*

- 1) *a que luchen contra las inequidades sanitarias en los países y entre éstos mediante el compromiso político sobre el principio fundamental de interés nacional de «subsanan las desigualdades en una generación», con el fin de incorporar la equidad sanitaria en todas las políticas;*
- 2) *a que desarrollen y apliquen objetivos y estrategias para mejorar la salud pública, centrándose en las inequidades sanitarias;*
- 3) *a que tengan en cuenta la equidad sanitaria en todas las políticas nacionales relativas a los determinantes sociales de la salud, y consideren la posibilidad de establecer políticas de protección social integrales y universales, y de fortalecerlas, que prevean el fomento de la salud, la prevención de la morbilidad y la atención sanitaria, y promuevan la disponibilidad y el acceso universales a los bienes y servicios esenciales para la salud y el bienestar;*
- 4) *a que velen por el diálogo y la cooperación entre los sectores pertinentes con miras a que aumenten la acción intersectorial;*
- 5) *a que aumenten la sensibilización entre los proveedores públicos y privados de asistencia sanitaria sobre el modo de tener en cuenta los determinantes sociales cuando prestan servicios de salud a sus pacientes;*
- 6) *a que contribuyan a la mejora de las condiciones de vida cotidianas que favorecen la salud y el bienestar social a lo largo de toda la vida;*
- 7) *a que contribuyan a la emancipación de los individuos y los grupos, especialmente los marginados, y tomen medidas para mejorar las condiciones sociales que afectan a su salud;*
- 8) *a que generen métodos y datos científicos nuevos, o utilicen los existentes, adaptándolos a los contextos nacionales con el fin de abordar los determinantes y los gradientes sociales de la salud, así como las inequidades sanitarias;*
- 9) *a que elaboren sistemas de información sanitaria y capacidad de investigación para seguir y medir la salud de las poblaciones nacionales, de modo que puedan detectarse las inequidades sanitarias y pueda medirse el impacto de las políticas sobre la equidad sanitaria.*

*El texto completo de la 62ª Asamblea Mundial de la Salud WHA62.14, Punto 12.5 del orden del día 22 de mayo de 2009 en “Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud”, disponible en [http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/A62/A62\\_R14-sp.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A62/A62_R14-sp.pdf)*

<sup>214</sup> *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects, prepared by the Council for International Organizations of Medical Sciences (CIOMS) in collaboration with the World Health Organization (WHO), CIOMS, Geneva, 2002.*



Pero, quizás, aquello que más incide es el fundamento liberal-utilitarista del derecho a la salud. Como advierte Álvarez Castaño, se ha seguido una política que ha llevado adelante: a) la implantación de un sistema de aseguramiento; b) la creación de un mecanismo de mediación financiera entre los asegurados y los proveedores de los servicios, que introdujo en el sector de la salud a empresas aseguradoras del sector financiero; c) el establecimiento de un sistema de subsidio parcial para las personas sin capacidad de pago, y d) la aplicación de un plan básico de beneficios en el que los pacientes debían cubrir las necesidades no contempladas por el plan.<sup>215</sup> Este mismo criterio se ha extendido a la bioética con la cual el derecho a la salud se relaciona íntimamente.<sup>216</sup>

En ambos casos, esta concepción funda varios derechos conexos así como su interpretación, y expone el peso de esta filosofía en la producción y la aplicación de este derecho. Es así que las normas jurídicas han tendido más a justificar las variadas aplicaciones de la técnica a la salud que a proteger los derechos de los individuos. Se entiende, de esta manera, la magnitud de los conflictos que este derecho pretende solucionar.<sup>217</sup> Por eso, la pregunta previa a toda creación legislativa debe descansar en un juicio ético, porque existe la obligación –frente a la sociedad– de despejar las dudas que despierta todo intento enmascarado de disciplinar y diseñar la personalidad y los cuerpos de los individuos.

---

<sup>215</sup> *“En términos generales, los sistemas de salud en los que se aplica la doctrina liberal se organizan alrededor de dos grandes pilares: a) los servicios curativos, que se someten a las leyes del mercado y generan una asistencia sanitaria diferenciada, en la que cada persona recibe la atención de salud que puede pagar; b) la salud pública, que se deja en manos del Estado, pues aunque es valorada por la sociedad como muy importante, no es rentable económicamente”* (en ÁLVAREZ CASTAÑO. *Op. cit.*, p. 130).

<sup>216</sup> Cfr. LÖW, Reinhard y otros. *Bioética. Consideraciones filosófico-teológicas sobre un tema actual*. Madrid: Rialp, 1992; BORDÍN, Celia; FRACAPANI, Marta; GIANNACARI, Liliana; BOCHATEY, Alberto. *Bioética*. Buenos Aires: Lumen, 1996, entre otros.

<sup>217</sup> *Con relación al estatuto jurídico del embrión, “el principio de la vida para ‘todas’ las personas ha sido fijado desde la ‘concepción’.* Tal fue la postura del codificador, quien señala que (art. 70) ‘desde la concepción (...) comienza la existencia de las personas’, sin que la referencia al ‘seno materno’ deba asignársele una connotación restrictiva pues es obvio que, al momento en que Vélez redactó la norma, técnicas como la aquí estudiada eran impensables. Por el contrario, el esquema del Código Civil fue sumamente amplio en la materia en tanto se apartó del planteamiento entonces dominante -de base romanista- para el que el nacimiento determinaba el comienzo de la persona. Pero el temperamento veleziano fue seguido en el Siglo XX y, si bien se mira, profundizado, pues sucesivas reformas legislativas no establecieron precisión alguna respecto del ámbito en que se produce la concepción a fin de garantizar que con ésta se inicia el derrotero vital de las personas”. [del voto del juez RABBI-BALDI CABANILLAS en “Rovedatti, Noelia Fernanda-Ortiz, Nicolás c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación”, CFedSalta, 03/09/2010, LLNOA2010 (noviembre), 991].

## LAS ACCIONES DE WRONGFUL BIRTH- WRONGFUL LIFE- WRONGFUL CONCEPTION. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO ARGENTINO

**Natalia Eva Torres Santomé (\*)**

Francia: Mientras la Sra. Perruche estaba cursando el embarazo de Nicolás, la hermana de este se contagió de rubéola. Frente a la aparición de síntomas similares en la madre, esta solicitó a su médico la realización de estudios específicos, ya que ante la confirmación de la enfermedad, interrumpiría el embarazo. Se le realizaron entonces dos análisis. El primero de ellos tuvo un resultado negativo, pero el segundo tuvo resultado positivo. Este último no le fue comunicado a la madre de Nicolás, quien creyó estar inmunizada frente a la enfermedad. Al nacer el niño constataron que tenía severas secuelas neurológicas y cardíacas, producto de la enfermedad.

España: Durante el año 1991, la Sra. Rosalinde transitaba su embarazo. Su marido, trabajaba en la planta que la Empresa Nacional del Uranio S.A. tenía en Salamanca, y esta circunstancia no fue comunicada a la ginecóloga que la atendía. El embarazo fue tratado como de "bajo riesgo" y se realizaron los estudios y controles habituales. Sin embargo, en el mes de junio, Rosalinde da a luz a una niña a la que le faltaban las extremidades superiores e inferiores izquierdas, tenía dedos fusionados e imperforación anal.

Estados Unidos: Los Custodio eran un matrimonio con nueve hijos. Frente a la decisión marital de no seguir procreando, solicitaron al ginecólogo de la señora que procediera a la ligadura de trompas de Falopio. Convencidos del éxito de la intervención, se encontraron sorprendidos ante un nuevo embarazo de la mujer y posterior nacimiento de su décimo hijo.

Estos ejemplos corresponden a casos reales de las acciones conocidas como *Wrongful Birth*, *Wrongful Life* o *Wrongful Conception*. Se trata de aquellas acciones donde la responsabilidad civil aparece ligada a cuestiones relacionadas con la existencia de la vida y con el hecho mismo del nacimiento. Son absolutamente diferentes de las acciones de responsabilidad civil que pudieran aparecer como consecuencia de una acción u omisión de los profesionales de salud que intervienen durante el embarazo y el parto, y que causan un daño.

Es importante marcar esta diferencia ya que en el caso de acciones derivadas por daños prenatales, por ejemplo, la aplicación de los principios de la responsabili-

---

(\*) Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Doctoranda en Derecho con orientación en Derecho Privado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Miembro del Seminario Permanente de Daños "Problemática de los Daños en la Sociedad Actual", del Instituto Ambrosio Gioja, de la Universidad de Buenos Aires.

dad civil no presenta complejidades mayores que las habituales. En cambio, en las acciones *Wrongful* esto no es así.

En nuestro país casi no existen precedentes específicos de este tipo de acciones,<sup>218</sup> por lo que la doctrina aún continúa llamándolas con sus denominaciones originales. No obstante ello, y por entender que resulta clarificador a los fines del análisis, a lo largo de este trabajo nos referiremos a ellas con la traducción literal.<sup>219</sup>

Estas acciones son la Acción por Nacimiento Injusto –*Wrongful Birth*–; la Acción por Vida Injusta –*Wrongful Life*– o la Acción por Embarazo o Concepción Injusta –*Wrongful Conception*–<sup>220</sup>. Las dos primeras son facetas disímiles de un mismo hecho y la diferencia sustancial aparece respecto a los legitimados activos y el daño que se pretende que sea reparado. En la Acción por Concepción Injusta veremos otras peculiaridades.

La situación particular que es necesario tener en cuenta al analizar estas acciones es, indudablemente, la aplicación de los presupuestos básicos de la responsabilidad civil (daño, antijuridicidad, factor de atribución y nexos causal). Para poder determinar si corresponde el resarcimiento solicitado es necesario acreditar que el daño que se haya producido sea imputable a alguien a través de un factor de atribución (subjetivo u objetivo); que este daño sea consecuencia de una con-

<sup>218</sup> No puede dejar de mencionarse el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 18/2/05, “B., O.A. y otro v. Fundación de Genética y otros” (En Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2005-II. Lexis Nexis, Abeledo Perrot, con nota de Eduardo Sambrizzi), donde se accionó por daños y perjuicios derivados de errores de diagnóstico. En el caso, durante el embarazo, se había realizado un análisis genético que daba como resultado la existencia de un cardiotipo normal de sexo masculino, y luego nació una niña con síndrome de Down. Este caso fue resuelto sobre la generalidad de los casos de Daños y Perjuicios, y no como una demanda de *Wrongful Birth* y de *Wrongful Life*, no obstante que los actores eran los padres y la propia niña.

<sup>219</sup> Tomando la terminología utilizada por Garzón Cortes (GARZÓN CORTES, Julio Cesar. Responsabilidad Civil Médica. España: Civitas, 2007). Sin embargo, Salas Darrocha propone la utilización de los términos “Nacimiento Evitable” para las acciones de *Wrongful Birth* y “Eugenesia Fallida” para los casos de *Wrongful Life*. (SALAS DARROCHA, Joseph Tomás. “Las acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life* ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” en *Actividad Administrativa* N° 2, España, 2005). Martín Casals y Solé Feliú utilizan la denominación de “Anticoncepciones Fallidas” para las acciones de *Wrongful Conception* (MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Joseph. “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”. Girona, 2001. [www.indret.com](http://www.indret.com))

<sup>220</sup> Junto con estas acciones, pueden agregarse las acciones por “vida insatisfactoria” (*disadvantaged* o *dissatisfied life*) y las acciones por “procreación irresponsable”. Las primeras ocurren cuando el hijo reclama por el hecho de haber nacido en familias o circunstancias desventajosas; las segundas, cuando la conducta causal que se imputa es la decisión de los padres de procrear aun teniendo conocimiento de la posibilidad de transmitir a sus hijos enfermedades determinadas, o cuando la conducta de los progenitores es la que crea la malformación o enfermedad. La diferencia entre estas acciones y las que analizamos en el presente trabajo aparece dada por los legitimados pasivos. En éstas, los demandados son los padres, o uno de ellos. En cambio en las acciones *Wrongful*, los demandados son los profesionales de la salud que han intervenido en forma previa al nacimiento.

ducta ilegítima (antijuridicidad) y que efectivamente esta conducta imputada se encuentre relacionada indisolublemente al resultado dañoso (causalidad).

En la Acción por Nacimiento Injusto el o los legitimados activos son los padres del niño que ha nacido con alguna afección, quienes demandan a los médicos intervinientes por no haber detectado la anomalía o por no haberla informado eficazmente. Se alega que la falta de diagnóstico o de información sobre la misma los ha privado de ejercer la opción de continuar o no con el embarazo.

En la Acción por Vida Injusta, frente al mismo hecho, quien acciona es el hijo que ha nacido con algún padecimiento. La demanda es entablada contra los profesionales de la salud que intervinieron durante su nacimiento o durante el embarazo de su madre, alegando que de haber existido un diagnóstico eficaz acerca de su dolencia, o la información completa y veraz sobre la misma a sus padres, este nacimiento no se hubiera producido.

Las primeras acciones de este tipo las podemos encontrar hacia los años sesenta en los Estados Unidos. El primer precedente de una Acción por Nacimiento Injusto es el caso "Gleitman vs. Cosgrove"<sup>221</sup> del año 1967, en el Estado de New Jersey, donde los ginecólogos demandados habían asegurado a la actora en repetidas oportunidades que la rubéola sufrida por esta durante los primeros meses de la concepción, no tendría consecuencias en la salud de su hijo.

El caso fue resuelto en contra de la actora por la Corte Suprema de New Jersey sobre la base de dos argumentos centrales. El primero de ellos era que el nacimiento de un hijo no podía considerarse un daño susceptible de reparación pecuniaria. El otro apuntaba a que resultaba imposible ponderar los daños derivados de ser padres de un niño con discapacidad.

Aunque el caso Gleitman fue anterior al proceso "Roe vs. Wade" (1973), es este último el que abrió en los Estados Unidos las puertas a las acciones *Wrongful* al fallar positivamente sobre la voluntad de la mujer para continuar o no con el embarazo. Las acciones por Vida Injusta y por Nacimiento Injusto aparecen ante el nacimiento de un hijo con enfermedades o malformaciones incurables e inevitables. Estas dolencias, susceptibles de ser detectadas e informadas durante el embarazo, podrían ocasionar la decisión de no continuar con el mismo.

Desde sus inicios, estas acciones generaron gran controversia, dando lugar a sentencias que las acogían y a otras que las rechazaban.<sup>222</sup> La doctrina, por su parte también se ha visto dividida entre los apoyos y las críticas.

---

<sup>221</sup> "Gleitman vs. Cosgrove", 49 NJ 22, 227 A.2d 689, 22 ALR.3d 1411 en MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2002, p. 431.

<sup>222</sup> A modo de ejemplo, podemos mencionar que fueron aceptadas en: "Dumer contra el St. Michael's Hospital", Wisconsin, 1975; "Gildiner contra el Thomas Jefferson University Hospital", Pensilvania, 1978; "Bader vs. Jonson", Indiana, 2000; "STS 495/1997", España. Por el contrario, fueron rechazadas en: "Etkind vs. Suarez", Georgia, 1999; "Kassama vs. Magat", Maryland, 2001; "STS, 1ª, 4.2.99", España, 1999.

Una de las particularidades en las acciones de Vida Injusta y Nacimiento Injusto es que la afección padecida por el hijo no le es imputable al médico, ya que no importa el accionar de este porque la dolencia se hubiera producido igual. Lo que se le imputa al médico es que la falta al deber de información produjo un resultado dañoso.

En el presente trabajo, intentaremos analizar la aplicación de los presupuestos básicos de la responsabilidad civil a fin de determinar la viabilidad o la inviabilidad de estas acciones.

## LAS ACCIONES POR NACIMIENTO INJUSTO

El primer presupuesto que consideraremos es la antijuridicidad, es decir cuál es la conducta que se imputa como ilegítima y que aparece como la causante del daño. Es importante partir de una idea central en este tema: en las Acciones por Nacimiento Injusto la conducta reprochada es la falta al deber de información, no la enfermedad del hijo.

La afección padecida por el nacido no es imputable al médico ya que, como hemos dicho, independiente del accionar de este, la dolencia se hubiera producido igual. Resulta erróneo considerar que la antijuridicidad aparecería configurada por la existencia de la enfermedad, porque frente a ella no hay una conducta diligente que se le pudiera exigir al profesional. Lo que se le imputa al médico es la falta al deber de información, ya sea desde la ausencia de asesoramiento ante los estudios y los análisis recomendables, o desde la información errónea de los resultados.

Resulta inescindible analizar, conjuntamente con este presupuesto, el daño causado, ya que ello permite una integración del concepto general. En el derecho comparado, el daño causado aparece configurado como una pérdida de chance<sup>223</sup>, la pérdida del derecho a elegir continuar o no con el embarazo.<sup>224</sup>

Es por ello que se afirma que este tipo de acciones solo tienen cabida en aquellas legislaciones donde el aborto es una figura legal. Sin embargo, entendemos que no necesariamente debe ser así.

Ello puede ocurrir si solo se sostiene que en estas acciones el daño a reparar es el hecho del nacimiento en sí mismo. Esta interpretación requiere de la aceptación de que la interrupción del embarazo es una decisión personal. Entonces el daño resarcible será exclusivamente la pérdida del derecho a elegir, con la consecuente maternidad-paternidad de un hijo que se hubiera preferido no tener.

---

<sup>223</sup> Lo que en nuestro país es denominado como “pérdida de chance” en España es conocido como “pérdida de una oportunidad”, y en la doctrina italiana como “perdita della possibilità di conseguire un risultato utile”.

<sup>224</sup> Existe algún debate con respecto a la aplicación de la teoría de la pérdida de chance donde el aborto es legítimo ya que faltaría el elemento aleatorio. En estos casos, la decisión de abortar depende de la mujer y no del azar.

Sin embargo, en nuestro país, donde el aborto no aparece como una opción personal, este tipo de acciones podrían llegar a encontrarse configuradas de diferente manera, aunque el título de Acciones por Nacimiento Injusto ya no les será aplicable.

El hecho de que la gestante solicite la realización de estudios prenatales que informen sobre las enfermedades del feto (como por ejemplo la amniocentesis), no implica necesariamente una voluntad abortiva, pero sí la intención de saber. Esto puede ser de gran trascendencia en una familia. Tener conocimiento antes del nacimiento, acerca de si la persona por nacer tendrá alguna dolencia específica podría colaborar en la preparación psicológica y emocional de la familia. Podría incluso permitirle la búsqueda de tratamientos novedosos o la preparación de infraestructura en el hogar que permita una mejor calidad de vida a la persona por nacer.

La consideración de que el resarcimiento se refiere al daño causado por el nacimiento en sí mismo, es limitar y controvertir el panorama. Es perder de vista el derecho de toda persona a la información veraz, objetiva, asequible y completa<sup>225</sup> sobre su estado de salud y, en estos casos, sobre el del ser que se está gestando. Implica además la peliaguda idea de que frente a la concepción de alguien enfermo el planteo se reducirá únicamente a continuar o no con el embarazo.

La información permite la toma de decisiones, que, como fue dicho, no representa solo y necesariamente que se trate de la opción abortiva. El derecho a la información clara, precisa y adecuada ha sido recogido por nuestro ordenamiento a través de la Ley 26529<sup>226</sup> de Salud Pública. La vulneración de este derecho a la información es susceptible de reparación.<sup>227</sup> El daño a resarcir será la pérdida de

<sup>225</sup> Los cuatro requisitos fueron enunciados en los Tribunales Españoles a mediados de los años noventa.

<sup>226</sup> Ley 26529. Artículo 5: Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

<sup>227</sup> "La exigencia de información suficiente al paciente, que carga el médico, se corresponde con el derecho del paciente de elegir su camino. Si no dispone de información suficiente y adecuada, la elección del paciente será a ciegas y podrá considerarse viciada" (LÓPEZ MESA, Marcelo; TRIGO REPRESAS, Félix. Responsabilidad Civil de los Profesionales. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005, p. 411). En igual sentido "Si se procede con negligencia se debe responder por los daños causados a la mujer y al padre derivados de la pérdida de chance y de la violación al deber de información" (MEDINA, Graciela. "Wrongful Birth. Responsabilidad por nacer enfermo. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español", en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Año X N° 9. Buenos Aires: La Ley, 2008). En Italia, sostiene la Corte desde el año 1985, que el médico está obligado a dar al paciente una adecuada información de las características y consecuencias del tratamiento y que la violación a tal deber constituye un caso de responsabilidad contractual con todas las consecuencias que de ello se derivan (SIANO, Caterina. "Nascita indesiderata e cd. "damno esistenziale" ... un déjà-vu". CASSAZIONE, III SEZ. CIVILE, 4.1.2010, n. 13, traducción propia).

chance de tomar decisiones oportunas frente a la información, no el nacimiento en sí mismo ni la pérdida del derecho a decidir si continuar o no con el embarazo. En este sentido es para destacar el fallo italiano de 1998 donde se hizo lugar al resarcimiento de los daños causados por la falta de preparación emocional y psicológica de los padres frente a un diagnóstico erróneo.<sup>228</sup>

No tener clara esta diferencia e impedir el resarcimiento por la falta de información, implicaría permitir que la comunicación de los resultados de los estudios prenatales y la propia sugerencia de los mismos quedara limitada al ámbito de la buena voluntad de los profesionales intervinientes. El deber del médico implica el asesoramiento a los padres sobre la existencia de estudios determinados; asimismo, la aceptación por parte de estos acerca de la realización de dichos estudios asume que el resultado les es trascendente, y ese interés merece ser amparado por el ordenamiento.

Por otra parte, no puede soslayarse que si bien, en principio, la obligación de los médicos es una obligación de medios, en lo que hace a la realización e interpretación de análisis clínicos, la obligación puede ser considerada de resultado.<sup>229</sup> Por supuesto que se tratará de una obligación de resultados sujeta a los parámetros de la *lex artis*.<sup>230</sup> Es decir, teniendo presente el margen de error que los conocimientos técnicos poseen, ya que no pueden asimilarse los análisis menores con los de alta complejidad y de posible inexactitud en los resultados diagnósticos.

La recomendación médica y la realización de los análisis permiten el conocimiento temprano. Los tribunales españoles sostienen que no es obligatorio informar acerca de estos estudios a las mujeres que no conforman el grupo de “embarazo de riesgo”, sin embargo entendemos que frente a la inquietud de la mujer o de la pareja, la información se impone. Lo mismo ocurre con la distinción entre los estudios que conllevan o no riesgo abortivo. Nuevamente la información se impone, y la decisión es de la mujer.

Sin embargo, desde esta óptica que se aparta de las demandas “puras” por Nacimiento Injusto, y ya alejados de la idea de que el daño es el nacimiento no que-

---

<sup>228</sup> *Tribunale di Perugia. 7 de setiembre de 1998 (En MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Josep. “Responsabilidad civil por la privación de la posibilidad de abortar (wornifful birth). Comentario a la STS, 1ª, 18.12.2003” en InDret. Barcelona. 2004. p 7)*

<sup>229</sup> *LÓPEZ MESA, Marcelo y TRIGO REPRESAS, Félix. Responsabilidad civil de los profesionales. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.*

<sup>230</sup> *Martínez Calcerrada y Gómez define la lex artis como “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica–, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión de la complejidad y trascendencia vital del acto, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos, para calificar dicho acto médico de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios puestos y en particular, de la posible responsabilidad de su autor por el resultado de la intervención o acto médico ejecutado” (MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. La responsabilidad civil médico-sanitaria [especial juego de la lex artis ad hoc]. Madrid: Tecnos, 1992, p. 10)*

rido, también habrá que evaluar con claridad cuáles daños serán efectivamente imputables al demandado, y por lo tanto resarcibles.

En lo que hace al daño moral, este podrá verse constituido por el impacto emocional al tomar conocimiento de la enfermedad en el momento del nacimiento, por ejemplo, y no por la afección constante de los padres de ver a su hijo enfermo. Lo mismo ocurrirá con los daños patrimoniales, podrán reclamarse aquellos que se produjeron como consecuencia de la falta de información, no los producidos por la enfermedad en sí misma.

En estos casos habrá que partir de la idea de que el diagnóstico prenatal tiene como objetivo o meta conocer lo más prontamente la existencia de una enfermedad<sup>231</sup>, ya que ello permitiría la preparación familiar y médica que acompañará al nacido para mejorar su calidad de vida. Resulta claro entonces que la construcción de la noción de daño resarcible no resulta una noción meramente teórica, sino una cuestión sustancial.

Para determinar el factor de atribución es necesario analizar si el diagnóstico era posible de hacer y evaluar cuáles eran los márgenes de error considerados por la técnica médica en ese momento.<sup>232</sup> Como hemos dicho, lo que se tiene en cuenta es que el profesional haya actuado conforme a la *lex artis*.

En el fallo argentino<sup>233</sup>, donde el informe médico daba cuenta de la existencia de un "cardiotipo normal de sexo masculino", y en el momento del nacimiento se advirtió que se trataba de una niña con síndrome de Down, se consideró que la falencia de la información no era imputable a los profesionales intervinientes, ya que quedó descartado que "derivara de errores de los profesionales fruto de equívoca o ligera evaluación del riesgo del caso".

En cambio, en el caso español<sup>234</sup> se consideró que existió una deficiente actuación sanitaria porque luego de la realización de cuatro ecografías que daban cuenta de datos anatómicos normales relativos a la cabeza, al tórax y al abdomen –sin hacer mención alguna de las extremidades–, al momento del nacimiento al niño le faltaban un riñón y la pierna izquierda. En este caso además, recién en la tercera ecografía se advirtió la posibilidad de una arteria umbilical única, pero no

---

<sup>231</sup> TINANT, Eduardo L. "Los exámenes prenatales y su viabilidad para evitar la transmisión de enfermedades a los hijos" en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* N° 41. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

<sup>232</sup> "Consiguientemente, en aquellos supuestos en que el profesional se haya comportado de acuerdo con la *lex artis*, no deberá responder por la información errónea que recibe el paciente, ya que el diagnóstico erróneo es aún hoy posible dentro de parámetros de diligencia del profesional sanitario" (MACÍA MORILLO, Andrea. "La Responsabilidad Civil Médica. Las Acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*" en *Revista de Derecho* N° 27. Colombia: Realy, 2007).

<sup>233</sup> "B., O.A. y otro v. Fundación de Genética y otros" (En *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2005-II, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, con nota de Eduardo Sambrizzi)

<sup>234</sup> STS 18/12/2003 en MEDINA, Graciela. "Wrongful Birth. Responsabilidad por nacer enfermo. Una década en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Año X* N° 9. Buenos Aires: La Ley, 2008.



se realizó examen anatómico alguno. Por ello se consideró inaceptable que “se visualizaran dos arterias cuando solo había una, o que había normalidad de las extremidades cuando faltaba totalmente la inferior izquierda”.

Una de las críticas que se manifiesta en doctrina tiene que ver con la ausencia de nexo causal. Ocurre este problema cuando partimos de la base que el daño resarcible está relacionado con la dolencia. Creemos que la confusión aparece desde el momento en que la propia enfermedad es considerada como el daño. Al tener en claro cuál es la conducta antijurídica y cuál es el daño resarcible, se comienza a resolver el problema del nexo de causalidad.

En los países donde está legalizado el aborto, podríamos hacer la siguiente fórmula: la conducta antijurídica (falta al deber de información), por causas imputables a los profesionales de la salud intervinientes (factor de atribución) permite el nacimiento (causalidad) y genera un daño resarcible (la imposibilidad de interrumpir el embarazo y el consecuente nacimiento no deseado).

En cambio, en aquellos ordenamientos donde el aborto no aparece como una opción propia de la mujer, es necesario redefinir el contenido del daño teniendo presentes los mismos parámetros con respecto a la causalidad, a la antijuridicidad y al factor de atribución.

Si partimos de la idea de que la enfermedad o la dolencia es el daño resarcible, entonces, claramente, el nexo causal será un problema. Es por ello que el contenido del concepto “daño resarcible” se vuelve una piedra fundamental en el análisis de la viabilidad de la responsabilidad civil.

Zavala de González lo explica con claridad: “El daño versa sobre las concretas consecuencias o efectos disvaliosos, es decir, consiste en el producto o resultado negativo de la violación del derecho, bien o interés de la víctima”.<sup>235</sup> Por ello resulta sustancial la diferenciación entre el mal que sufre el demandante (la afeción de tener un hijo enfermo) y las consecuencias dañosas que se desprenden del accionar antijurídico del demandado.

Serán estas últimas las que sean efectivamente indemnizables, ya que solo ellas tienen el nexo de causalidad que las une a la conducta antijurídica. La determinación de la causalidad permite el traspaso del concepto coloquial de daño al concepto jurídico de daño.

Reelaborar estas cuestiones, sin hacer un traslado mecánico del derecho comparado a nuestra jurisprudencia, permitirá encontrar el equilibrio entre el rechazo total de estas acciones y aquellas indemnizaciones que terminan convirtiéndose en un enriquecimiento sin causa.

---

<sup>235</sup> ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. *Resarcimiento de daños Vol.2a. Daños a las personas*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 57.

## LAS ACCIONES POR VIDA INJUSTA

En la Acción por Vida Injusta, en cambio, es el propio hijo quien demanda por la vida que le depara su padecimiento. El reclamo aparece por el consejo médico que posibilitó su nacimiento. Aquí ya no podemos configurar claramente el daño porque la opción aparece únicamente entre haber nacido y no haber nacido.

“En la acción de *wrongful life* el hijo demandante solicita la condena del médico para que le indemnice de los daños consistentes en el hecho mismo de nacer (el actor alega que habría sido mejor para él no haber nacido que vivir en las condiciones que lo hace) y en los daños económicos que acarrea su vida enferma (cuidados médicos, asistencia de otra persona, habilitación especial de la casa o del vehículo, etc.)”.<sup>236</sup>

Los casos de Vida Injusta plantean numerosas líneas de análisis. En primer término, la situación de plantear como hecho dañoso –y por lo tanto susceptible de ser indemnizable–, el haber nacido.

La legitimación activa corresponde aquí a quien ha nacido con la dolencia o afección incurable, es decir que el actor reclama como daño a indemnizar, su propia vida. Como ya hemos visto, es importante diferenciar este tipo de acciones de aquellas que se han denominado Acciones de Vida Insatisfactoria o Vida Privada de Ventajas, donde el demandante es una persona sana que, disconforme con sus circunstancias personales, acciona en búsqueda de un resarcimiento.

Un ejemplo de estas últimas es el caso “Zepeda vs. Zepeda” (1961), donde el hijo concebido fuera del matrimonio demandaba al padre, que se encontraba casado y que había efectuado falsas promesas de matrimonio a la madre del actor, por los daños que le causaba su condición de “hijo adulterino”. La demanda fue rechazada, y si bien hay quienes la consideran como una suerte de inauguración de la Acción por Vida Injusta, al día de hoy podemos comprenderla como más cercana a los daños extrapatrimoniales surgidos de la filiación que a las acciones *Wrongful*.

Como hemos dicho, una de las primeras cuestiones a analizar es el daño que se pretende sea resarcido. Habitualmente, el procedimiento para cuantificar el daño es la comparación<sup>237</sup> entre la situación de la persona antes y después del hecho dañoso. En este tipo de acciones, tal comparación deviene imposible, ya que no hay un “antes”.

---

<sup>236</sup> GALÁN CORTÉS, Julio César. “La acción de *wrongful birth* en nuestra jurisprudencia”, en *Revista Española de Medicina Legal* N° 84-85. España, 1998, p. 10-14.

<sup>237</sup> Como bien señala Macía Morillo, la teoría de la diferencia no es un método de identificación del daño apropiado para todo tipo de daños; ello puede verse en su aplicación para la cuantificación del daño moral. (MACÍA MORILLO, Andrea. “La Responsabilidad Civil Médica. Las Acciones de *Wrongful Birth* y *Wrongful Life*” en *Revista de Derecho* N° 27. Colombia: Realyc, 2007), no obstante es el principio sustentado en el artículo 1083 de nuestro Código Civil.

En oposición a estas acciones se ha alegado que la vida en sí misma no puede ser un daño resarcible para el derecho, que no se puede considerar daño lo que en realidad es un beneficio, o la santidad de la vida humana. En otro sentido, también se ha señalado lo inconveniente que resulta aceptar este tipo de planteos debido al caudal de demandas que podrían producirse. Más allá de estos argumentos, entendemos que integrar el concepto del daño con el hecho del nacimiento o de la vida, y sin previo planteo de la antijuridicidad del mismo, nos puede llevar a desatinos jurídicos.

Por ejemplo, cabría plantearnos si los padres podrían demandar al hijo por los gastos que su enfermedad les ocasionará. O si la seguridad social podría demandar a la familia por la diferencia económica que le representa asumir la salud del nacido. O incluso lo referente a la prescripción de la acción. Estos planteos, que pueden parecer descabellados, han tenido sin embargo, algún esbozo en la realidad. En este sentido se expidió la jurisprudencia española al sostener que: “Si como consecuencia de la afectación del menor asintomático en la fecha de la reclamación, este presentase una evolución que se plasmase en cualquier patología derivada de la adrenoleucodistrofia, tendrá derecho él o sus representantes legales a ser indemnizado por aquella, a cuyo fin podrán ejercitar las acciones que estimen convenientes” (STS, 10/05/07).

Sin embargo, y frente a las demandas que en este sentido existen, conviene plantearse algunas cuestiones previas al análisis propio de los presupuestos de responsabilidad. En primer lugar, lo que tiene que ver con la voluntad del accionante.

En los precedentes de Acciones por Vida Injusta, los demandantes eran personas menores de edad que actuaban a través de sus representantes legales.<sup>238</sup> Como en muchas de las acciones donde hay niños o adolescentes involucrados, se plantea el desafío de diferenciar el deseo o voluntad real del menor de la de sus representantes.

¿A quién le pertenece la idea de que esa es una vida que no hubiera merecido ser vivida? Este juicio de valor, ¿es del niño o del adulto que lo representa? ¿Qué rol ocupa el Estado frente a este juicio de valor?

Estos interrogantes pueden integrar una idea más amplia, que se conforma de dos pilares: por un lado, la ampliación de las fronteras de la responsabilidad civil y por otro, la aceptación de la diferencia. Veámoslos por separado.

La responsabilidad civil fue variando a lo largo del tiempo desde una mirada de aceptación de los daños que no podían imputarse a título de dolo o culpa como mera fatalidad, hacia otra que se centra en la necesaria reparación del daño sufrido por la víctima<sup>239</sup>. Pareciera que en la percepción social, la responsabilidad

---

<sup>238</sup> Vg.: *Caso Perruche (Francia 2000)*, “*Kassama vs. Magat (EEUU 2001)*”, STS 18/12/03, STS 7/6/02.

<sup>239</sup> Confr. Macía Morillo, Diez-Picazo e Yzquierdo Tolsada, entre otros.

civil es el instrumento para reclamar por cualquier evento dañoso que sufra una persona, transformándose así en una búsqueda sistemática de responsables.<sup>240</sup>

Sin embargo, la responsabilidad civil, más allá de sus matices en el tiempo, sigue requiriendo de sus cuatro presupuestos básicos: antijuridicidad, factor de atribución, relación de causalidad y daño causado.

Ocurre puntualmente con las Acciones por Vida Injusta, que no es posible determinar el responsable de la dolencia o la afección.<sup>241</sup> Recordemos que, sin importar cuál hubiera sido el accionar médico, de producirse el nacimiento, la enfermedad o malformación se habría producido igual.

En estos casos, la única opción para evitar la dolencia era evitar el nacimiento, y con él la vida del demandante. Es por ello que la noción de daño, en este caso, no puede escindirse de la vida misma, a diferencia de lo que puede ocurrir en las Acciones por Vida Injusta, tal como ya hemos observado.

Tampoco la relación de causalidad puede establecerse de forma clara. Diferente sería la situación si el diagnóstico precoz hubiera permitido el tratamiento de la dolencia. En estos casos, la relación causal no presentaría mayores problemas. Sin embargo, en los casos planteados por Vida Injusta, la ciencia médica no proporciona tratamientos que impidan la malformación o la enfermedad.

Es decir que, más allá de la discusión acerca de qué consecuencias pueden ser consideradas dañosas y, en su caso, resarcibles, sigue apareciendo como ausente el presupuesto del nexo causal. Presupuesto que, como hemos visto, resulta básico para que corresponda el resarcimiento.

Es por ello que, al día de hoy, las Acciones por Vida Injusta no aparecen viables en ordenamientos como el nuestro donde la interrupción voluntaria del embarazo no es una opción.

Sin embargo, entendemos que esta inviabilidad ocurra aun en aquellos ordenamientos que habilitan el aborto. Ello es así porque en estos la opción de continuar o de interrumpir el embarazo es una opción de la mujer y no del propio hijo.<sup>242</sup>

Cuando se interpone la demanda por Vida Injusta, se alega que la actuación del profesional impidió a la madre el ejercicio de su derecho a elegir. Entonces, el derecho es de la mujer, no del hijo, y mal puede este demandar por un derecho que no le es propio. Incluso en los países que contemplan la posibilidad de interrumpir el embarazo, el hijo carece del derecho –desde el punto de vista jurídico– a elegir nacer o no nacer.

---

<sup>240</sup> IZQUIERDO TOLSADA, Mariano. "La responsabilidad Civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate", en DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo e IZQUIERDO TOLSADA, Mariano (coord.). *Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*. Madrid: Dykinson, 2001.

<sup>241</sup> Hacemos mención nuevamente a aquellas acciones de "procreación irresponsable", que exceden el marco del presente trabajo.

<sup>242</sup> Confr. Martín Casals, Soler Feliú y Macía Morillo entre otros.

Recordemos que en este tipo de acciones, la dolencia no hubiera podido evitarse. Entonces, cuál es la conducta antijurídica: ¿La conformación genética? ¿El nacimiento? ¿La no interrupción del embarazo? ¿La falta al deber de información?

No sobra recordar, con respecto a este último punto, que la falta al deber de información no es una conducta antijurídica frente al nacido ya que no existía un deber de información para con él sino para con sus padres, por lo que no se le ha vulnerado derecho alguno en ese aspecto.

No parece posible sostener que exista una conducta antijurídica que cause el daño a menos que se intente sostener que el nacimiento de una persona discapacitada lo es. En este caso se podría continuar el razonamiento alegando que la mujer que decidió continuar el embarazo, aun conociendo la patología, podría ser demandada por el hijo por no ejercer la opción de interrumpirlo (en los países donde la interrupción del embarazo es legal).

Hasta ahora hemos visto que el daño alegado no es resultante de una conducta antijurídica determinable. Es por ello que faltando estos elementos no podemos dar paso al resarcimiento por responsabilidad. Sin embargo, resulta clarificador continuar con el razonamiento ya que entendemos que también están ausentes los otros dos presupuestos básicos.

Como ha quedado manifestado, en estas acciones falta el agente a quien imputar el daño (vimos que no se trata aquí de daño resarcible), ya que no tenemos quien haya obrado antijurídicamente. Es por eso que el factor de atribución subjetivo cae per se. No hay a quien atribuirle el dolo o la culpa.

Creemos que es necesario alejarse de la idea de que la responsabilidad civil resolverá cuestiones que le son ajenas. Aunque esta institución profile cambios, ello no implica que deba asumirse por su medio una actitud cuasi asistencial o el principio de reparación de cualquier perjuicio sin la existencia de los otros presupuestos.

Por esta razón no aparece como jurídicamente viable sostener que las indemnizaciones por Manuel se sustenten en la importancia de “ayudar al discapacitado” a tener una vida digna sin ser abandonado a la sola ayuda familiar.<sup>243</sup> A esos fines es necesario replantear el rol del Estado como garante del derecho a la calidad de vida y al acceso a la salud de todos los habitantes.

No existe un derecho a nacer en perfectas condiciones genéticas, ni quien pueda garantizarlo respondiendo ante su vulneración. Pero sí existe el derecho a aspirar al desarrollo pleno de las propias potencialidades y es aquí donde, entendemos, la responsabilidad social aparece como relevante. La discusión en este aspecto gira en torno a otro eje, diferente al de la responsabilidad civil, y el Estado se erige como una figura fundamental que coadyuva a ese pleno desarrollo de las potencialidades.

---

<sup>243</sup> JOURDAIN, Patrice. “L’indemnisation du préjudice de l’enfant né handicapé consacré par l’Assemblée plénière”, en *Recueil Dalloz*, 2001, *Jurisprudence*. Citado por MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2002.

Este sentido parece orientar la ley de Francia (2002-303), dictada con posterioridad al caso Perruche y frente a las consecuencias sociales que trajo aparejadas. En esta ley se sienta como principio general que “nadie puede solicitar el resarcimiento de un daño por el solo hecho de su nacimiento”, para luego determinar que “las personas poseedoras de handicap tienen derecho, cualquiera sea la causa de su invalidez, a la solidaridad de la colectividad nacional”.

Resulta curioso en estas situaciones que aquella persona que más afectada aparece, el hijo, es quien menos derecho tiene al reclamo civil. Creemos que una de las llaves ante este planteo aparece dada por el segundo pilar al que hemos hecho referencia.

Este cimiento tiene que ver con una situación más cultural que jurídica: la percepción de la diferencia. En nuestra sociedad pareciera resultar muy difícil aceptar a aquellos que no se corresponden con los parámetros de normalidad y habitualidad determinados masivamente. Es entonces que ante el nacimiento de una persona diferente a la mayoría, se impone buscar un responsable y un resarcimiento por esa circunstancia.

Y esta búsqueda aparece cuando la diferencia es percibida como un daño, como un mal que debe ser resarcido y reparado. Tal vez, uno de los caminos a seguir sea justamente trabajar sobre la percepción, aspirar a la percepción de la diversidad claramente alejada de la idea de daño o de mal. Si bien se trata de un tema que excede el ámbito jurídico, no es menos cierto que las decisiones tomadas desde el derecho son una variable más de las que integran el debate.

## LAS ACCIONES POR CONCEPCIÓN INJUSTA

Las Acciones de Embarazo o Concepción Injusta son aquellas donde los padres (o uno de ellos) exigen la reparación del daño que les ha sido causado por el profesional médico que fracasó en las prácticas anticonceptivas<sup>244</sup> recomendadas o realizadas (esterilizaciones, suministro de anticonceptivos o incluso abortos). En estos casos, se produce el nacimiento no deseado de un niño sano y sobre esta situación se articula la demanda.

Al igual que en las acciones anteriores, uno de las controversias más fuertes que se plantea tiene que ver con el concepto del daño. Aquí, no desde la óptica de un nacimiento con enfermedad o malformaciones, sino a partir del hecho del nacimiento no deseado.

---

<sup>244</sup> Para Martín Casals y Solé Feliú la utilización del término *Anticoncepciones Fallidas*, “aleja el centro de atención de la concepción o nacimiento del hijo y se concentra más en el interés auténticamente lesionado: la libertad de procrear” (MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Joseph. “Anticoncepciones Fallidas e hijos no previstos”. Girona, 2001. [www.indret.com](http://www.indret.com))

Quienes inician la acción son los padres, alegando que frente a la deficiente práctica profesional debieron asumir una paternidad que expresamente habrían querido evitar.

Se trata de una acción viable dentro de nuestro ordenamiento (donde, en cambio, la interrupción voluntaria del embarazo no es una opción) ya que la Ley 25673, a través de la cual se crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, tiene como uno de sus objetivos específicos, el prevenir embarazos no deseados (art. 2).

A su vez, la Ley 26130 –modificatoria de la 25673– acepta expresamente las prácticas denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, como métodos de planificación familiar y/o anticoncepción. Por supuesto que dichas prácticas requieren de la solicitud explícita del paciente.

Aunque excede el marco de este trabajo, vale la pena hacer una pequeña observación en cuanto a la aceptación de estas prácticas en materia de legislación y jurisprudencia nacional. Antes de la sanción de la Ley de Salud Sexual y Reproductiva, la práctica de estos métodos se encontraba muy discutida, debido en parte a la propia legislación en la materia. El artículo 20 inciso 8 de la Ley 17132 (Normas para el ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración) prohibía la práctica de “intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”, y en el mismo sentido, el artículo 19 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina precisaba que “el médico no podrá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica perfectamente determinada”.

Así fue que la polémica ganaba su espacio. Algunas legislaciones provinciales permitían expresamente estas intervenciones e incluso jurisprudencialmente<sup>245</sup> se determinó que su solicitud no era una materia que estuviera sujeta a autorización judicial alguna ya que se trataba de acciones enmarcadas dentro del artículo 19 de la Constitución Nacional.

La ley nacional zanjó las controversias. Citando a María Victoria Famá, coincidimos en que: “el cuidado y disposición del propio cuerpo, la libertad sexual y el derecho a la salud reproductiva, que se materializan mediante las técnicas de esterilización anticonceptiva, en la medida que no comprometen derecho alguno de terceros, resultan ajenos a cualquier intervención estatal y quedan reservados a la esfera de libertad individual que permite a las personas desarrollar sin restricciones su plan de vida”.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> V.G. Tribunal en lo Criminal de Necochea, 03/09/04, “B., D.J.”, en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 2005-I*. Buenos Aires: Lexis Nexis-Abeledo Perrot, 2005, pp. 117-121.

<sup>246</sup> FAMÁ, María Victoria. “El derecho a no ser padre. Un nuevo avance en torno de la admisibilidad de la esterilización anticonceptiva” en *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia 2005-I*. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005.

En estos casos, excepto donde la práctica resulte indispensable para salvaguardar la salud de la mujer, estamos en presencia de lo que ha sido denominado “medicina voluntaria, perfectiva o satisfactiva”.

Se sostiene que la obligación del médico aquí se aleja de la obligación de medios para acercarse a la de resultado. Esta tesis fue sustentada por el Supremo Tribunal español, en numerosos fallos: “En aquellos otros en que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir en aquellos en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica –la actividad sexual– en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios se aproxima ya de forma notoria al de arrendamiento de obra que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la facultad buscada”.<sup>247</sup> Renombrada doctrina<sup>248</sup> sostiene que en nuestro ordenamiento la responsabilidad médica en estos casos se impone. Entonces es imprescindible acreditar la existencia de sus cuatro presupuestos. La conducta antijurídica, el nexo causal y el factor de atribución no generan tanta controversia, aunque merecen también una particular atención. En cambio, uno de los problemas más agudos que se presenta en estos supuestos tiene que ver también con los daños resarcibles.

Los distintos supuestos que pueden ocurrir en dichos casos son: a) una intervención esterilizante fallida o realizada de forma defectuosa, b) esterilizaciones correctamente realizadas, pero con deficiente o nula información y/o tratamientos posteriores necesarios, c) colocación negligente o la puesta en circulación de un mecanismo anticonceptivo inoperante y d) en aquellos ordenamientos donde el aborto es una opción de la mujer, una interrupción fallida del embarazo.

Partamos del análisis de la antijuridicidad. Todos los métodos anticonceptivos tienen un porcentaje de falibilidad, por lo que no cualquier embarazo ocurrido con la utilización de un determinado método o luego de la realización de una intervención esterilizante, puede ser considerado como una mala práctica médica.

Nuevamente deberemos recurrir al parámetro de la *lex artis* y al concepto de información completa y adecuada al paciente. En la jurisprudencia española, la mayoría de los supuestos se refieren a la negligencia en el cumplimiento del deber de informar. Esta negligencia puede manifestarse, por ejemplo, en la falta de

---

<sup>247</sup> STS 11/02/97 (*vasectomía*), STS 11/05/01 (*vasectomía*), STS 12/03/04 (*ligadura de trompas*), STS 29/10/04 (*vasectomía*). (BLANCO PEREZ RUBIO, Lourdes. “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en ALONSO PEREZ, Mariano y LLAMAS POMBO, Eugenio. *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Perez. España: La Ley*, 2006, p. 181).

<sup>248</sup> *Confr. López Mesa, Trigo Represas, Medina, entre otros.*



advertencia de la posibilidad de fracaso de la intervención o en la falta de información acerca de las medidas de prevención posteriores necesarias.

La conducta antijurídica se configurará por la práctica mal realizada o a través de la falta al deber de información. Con respecto al primer supuesto, se plantean numerosas aristas de análisis, de las cuales la más ardua está relacionada con la práctica fallida del aborto.

Entendemos que se trata de situaciones cuya complejidad amerita un análisis mucho más extenso del que este espacio nos permite. No obstante ello, diremos brevemente que el estudio no puede dejar de analizar la situación específica en el ordenamiento, con respecto al aborto. Es decir, si es aceptado como método anticonceptivo, como potestad libre de la mujer o solo en los casos donde se encuentren presentes determinadas cuestiones (por ejemplo, grave riesgo para la salud de la madre, imposibilidad de vida extrauterina, etc.). Cada uno de estos supuestos fijará resoluciones diferentes.

En lo que hace a las prácticas anticonceptivas mal realizadas (por ejemplo, esterilizaciones o colocación de dispositivos), justamente la realización fallida de las mismas configura la conducta reprochada.

Conjuntamente con la antijuridicidad es necesario señalar lo atinente al factor de atribución. Lo que debe considerarse cuidadosamente en estos casos es que el actuar médico (o del profesional demandado) haya sido el adecuado. En "Thibeault vs. Larson"<sup>249</sup>, por ejemplo, se debatió el caso de un farmacéutico que en lugar de entregarle anticonceptivos al peticionante, le entregó tranquilizantes. Claramente estamos ante un caso donde el actuar del demandado se puede considerar sujeto a un factor de atribución.

Puede ocurrir que el profesional de la salud no concuerde con la utilización de intervenciones esterilizantes como métodos anticonceptivos. En ese caso, la Ley Nacional 25673 le permite ejercer su objeción de conciencia.<sup>250</sup> Lo que no puede admitirse es que el médico u operador de salud utilice engaños u oculte información al paciente para evitar la intervención o la anticoncepción.

En lo que hace al nexo causal, no se presentan mayores complejidades cuando el accionar médico aparece negligente, ya sea en la intervención esterilizante, en la información proporcionada o en la colocación o prescripción de anticonceptivos. A diferencia de lo que ocurre con los otros tres presupuestos de la responsabilidad civil, el daño resarcible sí plantea conflictos. Hemos visto que el hecho del nacimiento de un hijo no aparece como un daño indemnizable en sí mismo, opi-

---

<sup>249</sup> "Thibeault vs. Larson" (1995), citado en MEDINA, Graciela. *Daños en el Derecho de Familia*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2002. No obstante se trata de un caso donde se accionó por Nacimiento Injusto.

<sup>250</sup> Ley 25673, artículo 10: Las instituciones privadas de carácter confesional que brinden por sí o por terceros servicios de salud, podrán con fundamento en sus convicciones, exceptuarse del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6°, inciso b) de la presente Ley.

nión que en general resulta aceptada en el derecho comparado. En este sentido se explayan las sentencias de la jurisprudencia española.<sup>251</sup>

Sin embargo, en lo que atañe al daño patrimonial las opiniones aparecen encontradas, particularmente en lo que se refiere a los alimentos del niño nacido.<sup>252</sup>

Resulta cierto que los actores, es decir los padres, deberán afrontar la crianza y la educación de un hijo que no habían planeado. Más aún, habían tomado recaudos específicos para prevenir que dicho embarazo ocurriera. Sin embargo, y como hemos dicho, todos los métodos anticonceptivos cuentan con un porcentaje de falibilidad y los embarazos no buscados no resultan un supuesto de excepcionalidad extrema.

En nuestro derecho, y ante la falta de jurisprudencia en la materia, queda planteada entonces como cuestión a debatir cuáles son los rubros indemnizables dentro del concepto de daño.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Para finalizar vale la pena destacar algunas ideas centrales acerca de lo que hemos analizado. En primer lugar, partimos de la base de que la aplicación de figuras con origen en el derecho comparado requiere de un análisis minucioso para evitar el traspaso automático al derecho nacional, aspirando a la evolución interna de forma armoniosa y coherente.

El deber de información del médico, como idea neurálgica, resulta una herramienta imprescindible y facilitadora en la concepción de cualquier acción que tenga que ver con la vida, la salud y la integridad personal. Representa un instrumento de garantía mutua entre el profesional y el paciente y se aleja del criterio paternalista que no se condice con los derechos más elevados de la persona humana.

Por otra parte, la aplicación de la responsabilidad civil nos exige la constatación de la existencia de sus cuatro presupuestos y la falta de alguno de ellos impedirá un resarcimiento con base en este instituto. Extender laxamente las fronteras de la responsabilidad civil puede acarrear más desventajas que beneficios ya que cada uno de sus presupuestos resulta fundamental para mantener el equilibrio.

Es así que, en este tipo de acciones, delimitar el concepto de daño se vuelve fundamental. Debemos tener presente que la percepción del daño no siempre se

---

<sup>251</sup> STS 5/6/1998, SAP Barcelona 30/7/1990; SAP Badajoz 22/4/1991; SAP Navarra 26/1/1999, citadas en MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Joseph. "Anticoncepciones Fallidas e hijos no previstos". Girona. 2001. [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>252</sup> Para una visión general de la cuestión se recomienda MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIÚ, Joseph. "Anticoncepciones Fallidas e hijos no previstos". Girona. 2001. [www.indret.com](http://www.indret.com)

condice con el concepto jurídico de daño resarcible. El recorte del significado general al concepto técnico es uno de los desafíos más ricos en este sentido. Coherencia, equilibrio y respeto son tres voces que pueden funcionar como guía. Antonio Machado, lo expresa con maestría:

*Es el mejor de lo buenos  
quien sabe que en esta vida  
todo es cuestión de medida:  
un poco más, algo menos.*<sup>253</sup>

---

<sup>253</sup> MACHADO, Antonio. "Proverbios y Cantares" en MACHADO, Manuel y MACHADO, Antonio. *Obras Completas*. Madrid: Plenitud, 1962.

## CAPÍTULO 2

# SALUD, INTEGRACIÓN Y CUESTIONES AMBIENTALES

### LA “CONVENCIÓN DE OVIEDO”, UN HITO EN LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO BIOMÉDICO

**Roberto Andorno (\*)**

#### INTRODUCCIÓN

La globalización creciente en todos los ámbitos que caracterizan nuestra época también alcanza a los desarrollos biomédicos y a su regulación legal. Parece claro que hoy en día los países no pueden enfrentar de modo aislado los nuevos desafíos derivados de la medicina y de la genética. Por el contrario, resultan imprescindibles la cooperación internacional y una cierta armonización de las normas nacionales a fin de asegurar el respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos en esta nueva área caracterizada por avances vertiginosos. Sin duda, esta tarea es compleja, ya que implica alcanzar acuerdos sobre temas muy sensibles entre países con diversas tradiciones culturales, filosóficas y religiosas. Sin embargo, este objetivo no es de imposible realización, ya que el derecho internacional presupone la existencia de ciertos principios universales. El mayor desafío consiste, por lo tanto, en determinar cuáles son esos principios propios del ámbito biomédico que trascienden la diversidad cultural entre los pueblos.

En el esfuerzo efectuado durante la última década a fin de identificar ciertos principios comunes, se han destacado dos instituciones intergubernamentales: a nivel global, la Unesco (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) y a nivel europeo, el Consejo de Europa. La primera ha adoptado tres declaraciones en materia de bioética: la “Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos” (1997), la “Declaración In-

---

(\*) *Investigador en el Instituto de Ética Biomédica de la Universidad de Zurich, Suiza.*

ternacional sobre Datos Genéticos Humanos" (2003) y la "Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos" (2005).<sup>254</sup> El Consejo de Europa, por su parte, ha sido el ámbito en el que los representantes de los gobiernos europeos han elaborado la "Convención de Derechos Humanos y Biomedicina" (o "Convención de Oviedo"), hacia 1997.<sup>255</sup>

El presente trabajo, que está centrado en este último instrumento, tiene por objeto poner de relieve las notas características del nascente derecho internacional biomédico (I), para luego describir el marco filosófico-jurídico en el que se ubica (II), su contenido (III) y la eficacia de sus normas (IV).

## I. CARACTERÍSTICAS DEL NACIENTE BIODERECHO INTERNACIONAL

Existe actualmente una creciente conciencia acerca de la necesidad de coordinar esfuerzos entre los distintos países con vistas a armonizar, en la medida de lo posible, las reglas adoptadas por cada uno de ellos y a asegurar una mejor protección de los derechos humanos en este ámbito. Únicamente de esta manera se logrará evitar que las normas aprobadas en un Estado sean fácilmente burladas con solo cruzar la frontera. Se trata de establecer una serie de principios comunes sin desmedro de las particularidades de cada derecho nacional. Se perfila de esta manera lo que podríamos llamar un "derecho internacional biomédico", que reúne tres características: a) encuadramiento en el marco de los derechos humanos; b) minimalismo y c) flexibilidad.

**a)** Las incipientes normas internacionales sobre biomedicina se ubican explícitamente dentro del marco de los *derechos humanos*, es decir, dentro de la idea de que todo ser humano posee derechos inalienables e imprescriptibles que son independientes de sus características físicas, de su edad, de su sexo, de su raza y de su condición socio-económica o religiosa.<sup>256</sup> En este contexto, el derecho internacional biomédico puede considerarse como una manifestación de la denominada "tercera generación de derechos humanos".<sup>257</sup>

---

<sup>254</sup> Los textos de las tres Declaraciones están disponibles en Internet en: <http://www.unesco.org/bioethics>.

<sup>255</sup> A la fecha (octubre de 2010), la "Convención de Oviedo" ha sido firmada por 34 países y ratificada por 23 de ellos. Tanto el texto de la Convención como el de sus protocolos adicionales se pueden consultar en: <http://www.coe.int/bioethics>

<sup>256</sup> Ver: THOMASMA, David. "Proposing a New Agenda: Bioethics and International Human Rights" en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2001, vol. 10, n. 3, p. 299; KNOWLES, Lori. "The Lingua Franca of Human Rights and the Rise of a Global Bioethic" en *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2001, vol. 10, n. 3, p. 253.

**b)** Una segunda característica del derecho internacional biomédico es su *minimalismo*. En efecto, dado que en estos temas entran en juego valores fundamentales de cada sociedad -que están muy relacionados con las tradiciones culturales, jurídicas y religiosas de cada pueblo-, resulta imposible adoptar normas demasiado detalladas. Por ello, los acuerdos que comienzan a gestarse se limitan a fijar el “mínimo común denominador” entre los pueblos, es decir, aquellos principios fundamentales exigidos por el respeto de la dignidad humana.

**c)** El naciente derecho internacional biomédico se destaca también por su *flexibilidad*. Las reglas se adoptan de modo gradual, en base a acuerdos parciales y generalmente no vinculantes. La mayoría de esas reglas se incluyen inicialmente en meras “declaraciones” o “resoluciones” que no obligan jurídicamente a los Estados signatarios, pero que señalan una orientación a seguir. De este modo, se trata de ir habituándose gradualmente a los principios enunciados, para luego, con el correr del tiempo, otorgarles una mayor fuerza jurídica. Se puede decir, en síntesis, que las normas internacionales de bioética combinan un *acuerdo mínimo en cuanto al fondo con un estructura flexible en cuanto a la forma*.

Precisamente cuando se tiene en cuenta la relativa fragilidad del naciente derecho internacional biomédico, resulta más fácil advertir que el mayor mérito de la “Convención de Derechos Humanos y Biomedicina” del Consejo de Europa es haber logrado consagrar, por primera vez a nivel internacional (europeo), normas sobre biomedicina con fuerza jurídica vinculante. No debe olvidarse que el otro instrumento internacional sobre cuestiones de bioética, el de la Unesco, es una “Declaración” (no una “Convención”) y por tanto carece de fuerza obligatoria en sentido estricto para los Estados miembros. Ello no obsta a que el instrumento de la Unesco, que es el primero con alcance universal en esta área, ya haya comenzado a jugar un rol importante con vistas a promover la armonización de las respuestas legislativas a los nuevos desafíos planteados por la genética.

En lo que concierne a la originalidad de la Convención europea, es cierto que algunos de sus principios ya aparecen en instrumentos internacionales anteriores, tales como la “Convención Europea de Derechos Humanos” de 1950, que contiene normas aplicables al área biomédica: el derecho a la vida (art. 2), la prohibición

---

<sup>257</sup> *La primera generación tendía a asegurar un marco de libertad para el individuo frente a los abusos del poder estatal y tuvo su máxima expresión en el constitucionalismo de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX. La segunda generación de derechos, que tuvo lugar un siglo más tarde, es la de los denominados “derechos sociales”, que suponían ya no una abstención sino una actitud activa del Estado para promover la igualdad real de posibilidades de los ciudadanos (el derecho a la educación, el derecho a un salario mínimo, el derecho a la atención sanitaria, etc.). La tercera generación de derechos humanos, que data de estas últimas décadas, se caracteriza por la circunstancia de que la humanidad es vista, más allá de las fronteras nacionales, como una gran familia que debe ser protegida (derecho a un ambiente sano, derecho a la paz, etc.).*

de tratamientos inhumanos y degradantes (art. 3) y el respeto de la privacidad (art. 8). Sin embargo, la presentación de todos estos principios en un único instrumento, centrado exclusivamente en las cuestiones biomédicas, constituye un evento original y de una enorme trascendencia, que recién se logra con la “Convención de Oviedo”.

Si comparamos una vez más el instrumento del Consejo de Europa con el de la Unesco, se pueden advertir que ambos se diferencian tanto por la materia regulada como por el ámbito territorial de vigencia. Mientras que la Declaración de la Unesco -organismo de las Naciones Unidas- es universal, la “Convención de Derechos Humanos y Biomedicina” posee un ámbito de validez netamente europeo. No obstante, hay que destacar que Estados no europeos, tales como los Estados Unidos, Canadá y Japón participaron como observadores en los trabajos preparatorios de la Convención. Incluso el mismo instrumento prevé expresamente que Estados ajenos al ámbito europeo puedan adherir a él (art. 34). Por ello, ha sido destacado, se abre la posibilidad de que la Convención europea, con el correr del tiempo, sirva de base para la elaboración de una Convención universal de biomedicina.

La otra diferencia entre ambos instrumentos internacionales estriba en la *materia* regulada por cada uno de ellos. La Convención europea aspira a fijar reglas generales para todos los dilemas propios de la actividad biomédica, mientras que la Declaración de la Unesco se limita a los problemas derivados del desarrollo de la genética.<sup>258</sup>

## II. EL MARCO FILOSÓFICO-JURÍDICO DE LA CONVENCIÓN: LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS

La “Convención de Derechos Humanos y Biomedicina” se ubica, como su mismo título lo indica, en el marco de la protección de los derechos humanos. Se trata, en ese contexto amplio, de dar respuestas a un grupo de problemas específicos planteados por la medicina y la genética. En este sentido, el preámbulo de la Con-

---

<sup>258</sup> *La idea principal de la Declaración de la Unesco sobre el genoma humano es que las investigaciones en genética deben ser efectuadas con la mayor prudencia, teniendo en cuenta no sólo el interés de la generación presente, sino también el de las generaciones futuras. Por ello, el genoma humano debe ser preservado de manipulaciones irresponsables. Por otro lado, el documento enfatiza la idea de que la dignidad de los individuos es independiente de sus características genéticas y que por ello debe evitarse la discriminación por causas genéticas. Asimismo, la Declaración califica como “contrarias a la dignidad humana” a dos prácticas concretas: la clonación con fines de reproducción de seres humanos (art. 11) y las intervenciones en la línea germinal (art. 24). Otra nota destacada es que el documento institucionaliza el Comité Internacional de Bioética, que es el único a nivel mundial en estos temas.*

vención señala como antecedentes inspiradores del instrumento a la “Declaración Universal de Derechos Humanos” de 1948 y a la “Convención Europea de Derechos Humanos” de 1950, entre otras. Precisamente para poner en evidencia el carácter jurídico y no meramente ético del documento, se modificó el título original, que incluía el término “bioética” y se lo reemplazó por el de “biomedicina”. Este cambio se explica también por un motivo ideológico: la palabra “bioética” –que ha sido cuidadosamente omitida a lo largo de todo el texto– había provocado serias resistencias, sobre todo en Alemania, porque suele ser identificada con un enfoque utilitarista de los dilemas biomédicos y en particular con las posiciones del polémico filósofo australiano Peter Singer. Con el título finalmente adoptado queda claro que la Convención es “derecho” en sentido estricto, y no puramente “ética”, aun cuando en esta materia existan enormes puntos de confluencia entre ambas disciplinas.

En este contexto predominantemente jurídico, el principio de dignidad humana es invocado como criterio clave del instrumento tanto en el preámbulo como en el artículo 1°. El preámbulo advierte acerca de la existencia de “actos que podrían poner en peligro la dignidad humana por un uso impropio de la biología y la medicina”. El artículo 1° señala como objeto de la Convención “proteger al ser humano en su dignidad e identidad, garantizando a toda persona, sin discriminación, el respeto de su integridad y de sus otros derechos y libertades fundamentales en relación con las aplicaciones de la biología y la medicina”. El Informe explicativo, a su vez, afirma expresamente que la noción de dignidad humana “constituye el fundamento de los principales valores defendidos por esta Convención” (parágrafo 22). En este sentido, la Convención muestra un parentesco notable con la Declaración de la Unesco sobre el genoma, que también adopta la noción de dignidad humana como núcleo duro de sus disposiciones.<sup>259</sup>

Es precisamente la idea de dignidad la que explica la primacía del ser humano consagrada por el artículo 2° de la Convención, según el cual “el interés y el bienestar del ser humano deben prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”. Esto significa que ninguna razón de eficiencia económica ni de progreso científico puede justificar la instrumentalización del ser humano porque, según la conocida fórmula kantiana, la persona debe ser siempre tratada como un fin en sí y nunca simplemente como un medio. Este es ya un principio clásico de la ética médica, que también aparece consagrado por la “Declaración de Helsinki”, según la cual “la preocupación por el interés del individuo debe siempre prevalecer sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad” (art. 5). También es útil poner de relieve que la última versión de la “Declaración de Helsinki”, de

---

<sup>259</sup> Ver mis trabajos: *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos, 1998; “La dignidad humana como fundamento de la bioética y de los derechos humanos en la Declaración Universal” en *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Héctor Gros Espiell y Yolanda Gómez Sánchez (coord.). Granada: Comares, 2006, p. 253-270.



octubre de 2000, establece como primer principio básico de toda experimentación médica el deber de respetar “la vida, salud, privacidad y dignidad de la persona” (art. 10). La referencia reiterada a la dignidad pone de relieve una vez más la importancia inusitada que está adquiriendo en estos últimos años este principio como máximo criterio orientador de la bioética.

En lo que atañe a la controvertida cuestión de la personalidad del ser humano antes del nacimiento, la Convención ha optado por no pronunciarse. Existen sobre el tema posiciones irreconciliablemente opuestas por lo que se ha preferido dejar la cuestión abierta para que cada Estado decida si reconoce o no al embrión humano como “persona”. Esta circunstancia explica la forzosa ambigüedad del instrumento cuando debe indicar quién es el destinatario de la protección. El artículo 1º, ya citado, emplea tanto la expresión “toda persona” (*toute personne; everyone*) como la de “ser humano” (*être humain; human being*), sin especificar si ambas nociones coinciden o no.

### III. LOS TEMAS CUBIERTOS POR LA “CONVENCIÓN DE OVIEDO”

La “Convención de Oviedo” consta de 38 artículos reunidos en catorce capítulos. Los capítulos I a VII se ocupan de cuestiones de fondo, mientras que los capítulos VIII a XIV establecen normas de procedimiento. El capítulo I fija los principios generales del instrumento que ya hemos mencionado. Los temas concretos de biomedicina, que son los que aquí nos interesan, están regulados en los capítulos II a VII:

1. El consentimiento informado (cap. II: arts. 5 a 9);
2. Protección de la vida privada y derecho a la información (cap. III: art. 10);
3. Cuestiones vinculadas con la genética (cap. IV: arts. 11 a 14);
4. Investigación científica (cap. V: arts. 15 a 18);
5. Donación de órganos y tejidos para trasplantes (cap. VI: arts. 19 y 20);
6. Prohibición del lucro y utilización de partes del cuerpo humano (cap. VII: arts. 21 y 22).

1. *El consentimiento informado.* La Convención reafirma una regla clásica de la ética biomédica que dispone que los pacientes deben ser libres para aceptar o no las intervenciones médicas que se les proponen, ya sea con fines preventivos, de diagnóstico, de tratamiento, de rehabilitación o de investigación. La exigencia del consentimiento informado tiene su origen inmediato en lo que se refiere a la experimentación con seres humanos, en el denominado “Código de Nuremberg” de 1947. Precisamente en respuesta al horror de las prácticas nazis de experimentación forzada en los campos de concentración, el primer principio del “Código de

Nuremberg” exige contar con el consentimiento voluntario de quien se somete a una investigación científica.

El mismo principio fue luego incluido en la “Declaración de Helsinki” (arts. 20 a 26 de la última versión). Pero es de destacar que la Convención europea lo adopta en su artículo 5 como principio general para toda intervención médica, y no solo para la experimentación científica. La enorme trascendencia de esta norma no ha sido aún suficientemente puesta de relieve en los comentarios de la Convención europea: es la primera vez que el principio de consentimiento informado es receptado como regla general en un instrumento jurídico internacional (europeo) de carácter vinculante.<sup>260</sup>

En principio, la Convención no exige ninguna forma especial para el consentimiento, que puede ser expreso o tácito, verbal o escrito. Esta libertad de formas es especialmente válida en la mayoría de los tratamientos médicos ordinarios. En cambio, cuando se trata de operaciones quirúrgicas u otras intervenciones de mayor gravedad, un consentimiento expreso es necesario. La forma escrita es exigida por la Convención en el caso de sometimiento de la persona a ensayos científicos (art. 15, inc. 5) o en el supuesto de donación de órganos con fines de trasplante (art. 19, inc. 2).

A los fines de determinar concretamente quiénes tienen la capacidad para consentir una intervención médica, la Convención remite al régimen legal de cada país. En el caso de aquellos individuos que, de acuerdo al derecho interno, sean jurídicamente incapaces de expresar su voluntad -tales como los menores de edad o los enfermos mentales-, la Convención establece que se requiere el consentimiento de su representante legal y que la intervención médica debe tener por objeto el beneficio directo del individuo (art. 6). Se prevé incluso que, cuando ello sea posible, la opinión del propio sujeto también sea tenida en cuenta en el procedimiento. La exigencia del beneficio directo para el incapaz excluye intervenciones realizadas en beneficio de terceros, tales como la donación de órganos para trasplantes o la investigación no terapéutica. Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque como luego veremos, la Convención admite excepciones en ambos casos (arts. 17 y 20). Precisamente, dichas excepciones han sido una de las principales fuentes de disenso en el debate de este instrumento.

Dentro del capítulo sobre el consentimiento, el artículo 9 prevé expresamente la posibilidad de que una persona manifieste por anticipado su consentimiento, a favor o en contra de un determinado tratamiento, en previsión de situaciones en las que no tendrá la aptitud necesaria para manifestar su voluntad. Sin embargo, la voluntad anticipada no tiene una fuerza obligatoria incondicional. Según el Informe Explicativo, cuando tales deseos hayan sido expresados varios años antes de la intervención y las condiciones científicas hayan evolucionado, el médico no

---

<sup>260</sup> Cabe recordar que el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” de 1966 sólo exige el consentimiento informado para la experimentación científica o médica (art. 7), pero no para las actividades de carácter clínico.

está necesariamente obligado a seguir la opinión del paciente. Antes, debe asegurarse, en la medida de lo posible, de que los deseos del paciente se apliquen a su situación actual y de que sean todavía válidos, teniendo en cuenta la evolución de la ciencia médica.

También es importante destacar que la exigencia del consentimiento informado para una intervención médica no es absoluta. Por un lado, la Convención prevé el supuesto, en verdad obvio, de situaciones de urgencia en las que el paciente se encuentra en estado de inconsciencia y no hay tiempo para pedir la autorización de su representante legal. En estos casos, puede procederse de inmediato a la intervención médica indispensable para la salud del individuo (art. 8). Por otro lado, la Convención autoriza en su artículo 26 algunas restricciones excepcionales a los derechos enunciados (entre ellos, el del consentimiento informado) cuando tales restricciones, previstas en la ley, sean necesarias para la seguridad pública, la prevención de delitos, la protección de la salud pública y de los derechos de terceros. Así, por ejemplo, los exámenes genéticos pueden ser justificados cuando tienen lugar en el marco de un juicio de filiación o de la identificación del autor de un crimen. En estos casos, obviamente, no puede hablarse de un verdadero consentimiento informado del individuo, por lo que pueden considerarse como excepciones a la regla mencionada.

*2. Protección de la vida privada y derecho a la información.* La Convención reitera en su artículo 10, aplicándolo específicamente al ámbito de las informaciones relativas a la salud, el principio de respeto de la vida privada que ya aparecía enunciado en el artículo 8 de la "Convención Europea de Derechos Humanos" de 1950. Se trata de un principio clásico de la deontología médica que se traduce en el deber de confidencialidad del médico respecto del estado de salud de sus pacientes. Sin embargo, al igual que la regla del consentimiento informado, este principio no es incondicional, ya que en virtud de la ley puede sufrir excepciones por las razones antes mencionadas que enumera el artículo 26 (seguridad pública, prevención de delitos, protección de la salud pública y de los derechos de terceros). Así, por ejemplo, puede interpretarse que cuando el paciente sufriera de una enfermedad infecciosa grave (por ejemplo, Sida), el médico podría informar de esta circunstancia al cónyuge del paciente a fin de prevenir el contagio.

El mismo artículo 10 reconoce el derecho del paciente a ser informado de los datos relativos a su estado de salud, así como el derecho a no recibir tales informaciones. Se admiten por consiguiente, tanto el "derecho a saber" como el "derecho a no saber". Resulta perfectamente comprensible que, tanto un paciente como un sujeto de una experimentación científica deseen ignorar, por ejemplo, el resultado de un examen genético, sobre todo cuando este pueda revelar la existencia de enfermedades graves que no tienen tratamiento<sup>261</sup>. Tanto el derecho a saber como al derecho a no saber también admiten excepciones, cuando el interés del paciente así lo exige. Esto se puede dar, por ejemplo, en aquellos casos en los que,

dado el estado de depresión en el que se encuentra el paciente, un pronóstico de muerte próxima agravaría aún más su estado si se le comunica de inmediato. Algo semejante ocurriría cuando brindar la información al paciente es el único medio del que se dispone para que este tome las medidas preventivas necesarias para evitar el agravamiento de la enfermedad. También la protección de terceros puede llevar a dejar de lado el deseo del paciente de ignorar su estado de salud, sobre todo cuando se trata de una enfermedad contagiosa.

3. *Cuestiones vinculadas a la genética.* En el campo de la genética, la Convención europea ha logrado fijar, por primera vez a nivel internacional en un instrumento jurídicamente vinculante, tres principios de una enorme trascendencia, que se expresan bajo la forma de tres prohibiciones: de la discriminación genética (arts. 11 y 12), de las terapias génicas germinales (art. 13) y de la selección del sexo en las técnicas de fecundación asistida (art. 14). El Protocolo adicional de 1998 agrega una cuarta y muy importante prohibición: la de la clonación con fines de reproducción de seres humanos. Por su parte, el Protocolo adicional sobre exámenes genéticos con fines clínicos de 2008 desarrolla algunos de los principios contenidos en la Convención en relación con la genética.

La Convención europea prohíbe la discriminación por razones genéticas (art. 11) y más concretamente, la realización de exámenes genéticos predictivos cuando no exista ninguna finalidad médica o de experimentación científica que los justifique (art. 12). Estas normas excluyen por tanto la exigencia de exámenes genéticos previos por parte de los empleadores o de las compañías de seguros, en la medida en que no se persiga una verdadera finalidad médica, sino puramente comercial de las empresas. Hay que tener en cuenta que los exámenes genéticos van mucho más allá de un mero examen médico general –que hoy es práctica admitida–, en cuanto tiende a asegurar que no existan graves problemas de salud que harían imposible la realización del trabajo. Pero los exámenes genéticos permitirían detectar todo tipo de deficiencias o susceptibilidades de base genética, incluso algunas que recién van a manifestarse muchos años más tarde. Si se admitiera que las empresas realizaran este tipo de exámenes para seleccionar a sus empleados, se correría el riesgo de crear una categoría de personas imposibilitadas para conseguir un puesto de trabajo, a pesar de no sufrir una enfermedad realmente incapacitante. El Informe Explicativo aclara, sin embargo, que los exámenes genéticos serían válidos si las condiciones particulares del lugar de trabajo (por ejemplo, una fábrica de productos químicos) hacen prever daños para la salud de los potenciales trabajadores si estos sufren de un tipo de alergia hacia el producto en cuestión. De todas maneras, corresponderá a las legislaciones na-

---

<sup>261</sup> Ver mi trabajo: “La buena fe en la relación médico-paciente: el derecho del paciente a saber y el derecho a no saber”, en CÓRDOBA, Marcos (dir.). *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004, vol. I, pp. 421-438.

cionales implementar las medidas concretas para evitar que bajo la apariencia de medidas sanitarias se oculten verdaderas prácticas discriminatorias.

La Convención excluye expresamente la licitud de las terapias génicas germinales. Se trata de aquellas técnicas que implican introducir modificaciones genéticas en los embriones *in vitro* o en los gametos (espermatozoides y óvulos) que luego van a emplearse para la fecundación. En estos casos, hay una manipulación de la información genética que se transmitirá de modo irreversible a la descendencia del individuo, sin que se sepa a ciencia cierta cuáles serán los efectos a largo plazo de tales modificaciones. La gravedad de esta circunstancia justifica la prohibición: estamos ante técnicas que hacen correr riesgos desproporcionados, no solo a los individuos en cuestión, sino también a las generaciones futuras y a la humanidad en su conjunto. Aquí juega, por un lado, un motivo de prudencia elemental, que se expresa en el denominado “principio de precaución”. A ello se agrega el hecho de que las terapias génicas germinales se prestan fácilmente para ser empleadas con fines eugenésicos, esto es, para inducir determinadas características en los individuos del futuro en base a los criterios, forzosamente arbitrarios, de los manipuladores del presente.<sup>262</sup> En cambio, la Convención no prohíbe las terapias génicas somáticas, que son las que se limitan a modificar la información genética contenida en un tejido u órgano enfermo del individuo, por lo que la modificación introducida no se transmite a la descendencia de la persona en cuestión. Por ello, y en la medida en que tengan una verdadera finalidad terapéutica y no de “mejoramiento” de ciertas cualidades, las terapias génicas somáticas no plantean, en principio, problemas éticos específicos, más allá de los propios de cualquier nuevo tratamiento.

Asimismo, la Convención prohíbe que las técnicas de fecundación asistida se empleen para seleccionar el sexo de los hijos. Esta finalidad resulta éticamente objetable, porque implica conferir a ciertos individuos un poder exorbitante sobre su descendencia. Incluso cabe preguntarse si este tipo de intervenciones no podría generar a largo plazo desequilibrios indeseables en la composición de la población, en especial en aquellas sociedades que tienden a valorar más a los hijos de un determinado sexo. Sin embargo, se hace una excepción a este principio cuando se trata de prevenir una enfermedad hereditaria grave ligada al sexo.

El debatido tema de la clonación humana ha requerido la elaboración de un instrumento complementario, dado que la Convención no contenía ninguna norma específica al respecto. Es así como el 12 de enero de 1998 se aprobó un Protocolo adicional que prohíbe la clonación con fines de reproducción. Se trata de la clonación por transferencia de núcleo a partir de una célula somática (es decir, de cualquier célula del cuerpo exceptuados los gametos). Este procedimiento permite obtener un embrión genéticamente idéntico al adulto de quien provino la

---

<sup>262</sup> Ver: HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?* Barcelona: Paidós, 2002.

célula somática. Una vez obtenido, el embrión puede ser sometido a dos destinos distintos: a) ser transferido al útero de una mujer, siguiendo el camino habitual de la fecundación *in vitro*, lo que da lugar luego al nacimiento de un niño que será un auténtico gemelo del individuo de quien provino la célula. Esta es la denominada "clonación reproductiva"; b) ser utilizado como material de experimentación y como fuente de determinadas células (células madres, *stem cells*) que podrían tener un uso terapéutico en el tratamiento de determinadas enfermedades. Esta es la denominada "clonación terapéutica". En los últimos años se ha debatido mucho acerca de los graves e inéditos dilemas éticos y jurídicos que plantearía la práctica de la clonación en seres humanos. En los fundamentos del Protocolo adicional se señala que "la instrumentalización del ser humano a través de la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos es contraria a la dignidad humana y constituye un uso impropio de la biología y la medicina" y que "esta práctica acarrearía grandes dificultades de carácter médico, psicológico y social para todas las personas implicadas". Por estos motivos, el instrumento prohíbe "toda intervención que tenga por objeto crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto" (art. 1). Se especifica que con la expresión "ser humano genéticamente idéntico" se hace referencia a un ser humano "que posee en común con otro el conjunto de sus genes nucleares" (art. 2). El empleo de la expresión "ser humano" y no la de "persona", que era la originariamente prevista en el texto, hace pensar que se ha querido adoptar una noción amplia a los fines de incluir al embrión. Esto significaría que toda producción de embriones por clonación, cualquiera sea su finalidad (reproductiva o terapéutica), está prohibida. Sin embargo, como se destaca en el Informe explicativo del Protocolo, se deja a cada Estado la libertad de interpretar la noción de "ser humano" de un modo acorde con su propia legislación. De cualquier modo, aún cuando se entienda que el Protocolo se limita a prohibir la clonación reproductiva, hay que recordar que, según la interpretación que nos parece más lógica, la clonación terapéutica ya estaría excluida por el artículo 18 de la Convención, que prohíbe toda producción de embriones con fines de experimentación, independientemente del procedimiento por el que fueron obtenidos (fecundación *in vitro* o clonación).

4. *Investigación científica en seres humanos.* La Convención europea no ha pretendido de ningún modo adoptar una actitud oscurantista o de temor irracional ante el progreso científico. Para dejar esto claro, el artículo 15 reconoce expresamente el principio de la libertad de la investigación científica. Los límites a esta labor constituyen por tanto la excepción, y son establecidos únicamente a fines de evitar abusos que podrían afectar la dignidad e integridad de las personas. Uno de los ámbitos en donde una regulación legal adecuada resulta más difícil es el de la investigación con seres humanos, es decir, cuando aparece como necesario el ensayo de tratamientos que todavía no han sido suficientemente probados. Por un lado, es una regla de prudencia elemental que los nuevos tratamientos sean

sometidos a una etapa previa de ensayos en un grupo reducido de individuos antes de ser ofrecidos al público en general. Pero, por otro lado, esa experimentación previa supone hacer correr un riesgo desconocido a aquellas personas que, enfermas o no, se sometieron a los ensayos. Para lograr un equilibrio entre estas dos exigencias, existen algunas reglas que fueron consagradas inicialmente en el “Código de Nuremberg” y que fueron desarrolladas luego en otros documentos internacionales, en particular en la famosa “Declaración de Helsinki”, de la Asociación Médica Mundial. La Convención europea, en su artículo 16, continúa esa misma línea al fijar los siguientes requisitos que deben cumplirse para llevar a cabo investigaciones con seres humanos:

- el consentimiento libre, informado y por escrito de la persona que se somete a la investigación;
- que los riesgos que corre la persona sean proporcionados al beneficio que se espera obtener con la investigación;
- que no existan métodos alternativos (por ejemplo, de experimentación animal) con una eficacia comparable;
- que el proyecto haya sido aprobado por un comité pluridisciplinario e independiente de expertos.

¿Pueden efectuarse investigaciones en individuos incapaces de consentir válidamente, tales como los menores, los enfermos mentales o los individuos que se encuentran en estado de coma? Cuando se trata de investigaciones no terapéuticas, la respuesta negativa parece imponerse. En efecto, en estos casos solo pueden llevarse a cabo investigaciones que persigan un beneficio real y directo para la salud del individuo en cuestión (art. 17, inciso 1), ya que lo contrario implicaría una instrumentalización abusiva de esas personas que se encuentran en un estado de particular vulnerabilidad. Sin embargo, el mismo artículo 17 en su inciso 2 introduce una excepción, admitiendo este tipo de investigaciones siempre y cuando supongan “un riesgo y un inconveniente mínimos” para el incapaz. El Protocolo adicional sobre investigación biomédica adoptado en 2005 precisa qué se entiende por riesgos e inconvenientes mínimos (ver art. 17).

Un párrafo aparte merece el tema de la experimentación con embriones. En esta ardua cuestión, los países europeos no han logrado un claro consenso. El texto definitivo de la Convención no prohíbe esta práctica, tal como lo reclamaban Alemania y Polonia, sino que adopta una fórmula de compromiso. Esto explica la tremenda ambigüedad del artículo 18 inciso 1, el cual se limita a disponer que “cuando la experimentación con embriones está admitida por la ley, esta debe asegurar una protección adecuada del embrión”. En verdad, no se entiende bien a qué tipo de “protección” se alude cuando al mismo tiempo se permite una práctica que implica la destrucción de los embriones. La única limitación aparece en el inciso 2, en donde se prohíbe la producción de embriones humanos con fines de experi-

mentación. Pero téngase en cuenta que no está prohibida la experimentación con embriones, sino su generación deliberada con ese objetivo. No se excluye, por tanto, la experimentación con embriones “sobrantes” de la fecundación *in vitro* si la ley nacional la autoriza. No obstante la laxitud de esta norma, hay que reconocer que tiene actualmente una gran importancia, dado que se está debatiendo la posibilidad de emplear con fines terapéuticos las denominadas células madres (*stem cells*), que podrían obtenerse a partir de la destrucción de embriones, eventualmente producidos por clonación. Ahora bien, como ya lo hemos señalado, el artículo 18 prohíbe toda producción de embriones con fines de experimentación, sin distinguir el procedimiento por el que se obtuvieron (fecundación *in vitro* o clonación). Por consiguiente, y dado que la obtención de células embrionarias con fines terapéuticos implica necesariamente la experimentación con embriones, entendemos que la denominada “clonación terapéutica” estaría prohibida en virtud de esta norma.

5. *Donación de órganos y tejidos para trasplantes.* La donación de órganos y tejidos para trasplantes presta en la actualidad un servicio inestimable, ya que permite de un modo muy directo salvar vidas de personas afectadas por enfermedades graves. El objetivo de los artículos 19 y 20 de la Convención es muy preciso y consiste en fijar un marco adecuado de protección a los donantes vivos, ya sea que se trate de donación de ciertos órganos (riñón, hígado, pulmón, páncreas) o de tejidos (piel, médula ósea). Asimismo, el Protocolo adicional sobre trasplantes de órganos, adoptado en 2002, incluye algunas normas relativas al uso de órganos cadavéricos.

En lo que respecta a los trasplantes de órganos de donantes vivos, la Convención fija cuatro condiciones de fondo y una de forma. La primera condición de fondo es que el donante sea capaz de dar su consentimiento, lo cual depende del derecho interno de cada país. La segunda es que la donación tenga por objeto satisfacer una necesidad terapéutica del receptor. Por lo tanto, ninguna finalidad de investigación científica justificaría la extracción de órganos o tejidos de individuos vivos. En tercer lugar, es necesario que no se disponga de un órgano o tejido de una persona fallecida; es decir que la extracción de órganos de donantes vivos, dada su gravedad intrínseca y los riesgos que implica para la vida del donante, es admitida solo a título excepcional. Por este mismo motivo, la cuarta condición es que no existan métodos terapéuticos alternativos de eficacia comparable.

En cuanto al requisito de forma, se exige que el consentimiento del donante sea manifestado expresamente y por escrito o, en su defecto, ante una instancia oficial (por ejemplo, un juez o un escribano). A título excepcional, la Convención admite la donación por parte de individuos que no sean aptos para dar su consentimiento (art. 20). Este fue otro de los puntos que generaron mayor disenso durante el debate de la Convención. Tal práctica es admitida cuando se reúnen los siguientes requisitos: que se trate de tejidos regenerables, como es el caso de la



médula ósea; que el receptor sea hermano del donante; que no haya otro donante compatible; que la donación tenga por finalidad salvar la vida del receptor y que el donante potencial no manifiesta su oposición.

6. *Prohibición del lucro y utilización de partes del cuerpo humano.* El artículo 21 de la Convención consagra el denominado “principio de gratuidad”, según el cual los órganos y productos del cuerpo humano no pueden dar lugar, en cuanto tales, a una ganancia económica. Se trata de una consecuencia directa de la idea de dignidad humana que es incompatible con la comercialización de partes del cuerpo humano. Con este principio también se procura evitar una forma particularmente perversa de explotación de las personas más necesitadas económicamente, que podrían verse tentadas a vender un órgano o un producto del cuerpo (por ejemplo, sangre). Adviértase que la norma excluye la comercialización de órganos o tejidos “en cuanto tales”. Por consiguiente, nada obsta a que ciertos trabajos técnicos de preparación del material biológico (por ejemplo, exámenes, fraccionamiento, conservación, transporte, etc.) puedan dar lugar a una razonable retribución económica. Tampoco se prohíbe que el donante de un órgano o tejido reciba una equitativa compensación por los gastos efectuados para ponerse en condiciones de donar el órgano o el producto del cuerpo. El informe explicativo aclara asimismo que esta norma no implica prohibir el patentamiento de genes. Este último tema, por su extrema complejidad, requeriría un análisis específico que no ha sido abordado por el instrumento.

El artículo 22 prohíbe que las partes y los productos del cuerpo humano (órganos, sangre, células reproductivas, etc.) sean utilizados con un destino distinto de aquel para el cual fueron extraídos. Esta norma se basa en la idea de que debe respetarse la voluntad de la persona de quien proviene el material biológico, no solo por una cuestión elemental de justicia, sino también porque a partir de un análisis de esos elementos se podría identificar al paciente y se pondría así en juego el respeto de su privacidad.

#### IV. LA EFICACIA DE LA CONVENCIÓN

Una vez considerado el contenido de la Convención, surge inevitablemente el interrogante acerca de la eficacia real de este instrumento: ¿no estaremos ante una lista de afirmaciones puramente retóricas y sin verdadera influencia en la práctica biomédica? La duda se plantea porque una primera lectura del instrumento puede dar la impresión de que consagra una serie de obviedades –sobre las que no existe discusión– y de que ha dejado sin resolver precisamente las cuestiones más difíciles (fecundación asistida, respeto del embrión humano, eutanasia, aborto). Sin embargo, a pesar de la aparente inutilidad de normas tan generales, creemos que la estrategia adoptada por los autores de la Convención es razonable: se

ha tratado de dejar en claro el consenso sobre ciertos principios básicos y se ha apartado, para un debate ulterior, la búsqueda de soluciones específicas para los temas más debatidos. De no haber sido por esta estrategia, el instrumento nunca hubiera sido aprobado.

En síntesis, más allá de las ambigüedades y las limitaciones de la Convención, esta representa un valioso primer paso en la búsqueda de consenso en un área tan sensible como la bioética. No debe esperarse de este documento más de lo que él, por su propia naturaleza, puede dar. Como ya se ha señalado, la Convención no pretende resolver de modo detallado y definitivo las arduas cuestiones planteadas por el desarrollo biomédico, sino tan solo fijar un marco mínimo —en función del consenso logrado— a fin de evitar los atentados más graves a la dignidad y a los derechos de las personas. Como afirma un autor con un alto grado de realismo político, el instrumento europeo no aspira a garantizar la protección estrictamente debida a las personas, sino la mayor protección posible, en función del consenso que pudo alcanzarse.<sup>263</sup>

En términos estrictos, asegurar la protección debida a las personas corresponde a los Estados y no a las estructuras internacionales. La idea de los autores de la Convención fue que los derechos consagrados sean amparados legal y jurisdiccionalmente a nivel nacional y no a nivel europeo. En tal sentido, el artículo 1º, párrafo 2º de la Convención dispone en forma expresa que cada uno de los Estados tomará las medidas necesarias en su derecho interno para hacer efectivos los derechos reconocidos. La Convención pretende funcionar como incentivo para que cada Estado regule los diversos temas teniendo en cuenta los principios establecidos que están obligados a respetar. Ello no impide que algunas de las normas de la Convención se puedan considerar de aplicación inmediata en el derecho interno de los países que ya las han ratificado. Esto ocurre, por ejemplo, con aquellas normativas que establecen derechos individuales, tales como el derecho a la información, a la exigencia del consentimiento informado y al derecho a no sufrir discriminación por razones genéticas. Las normas que contienen prohibiciones también tienen una eficacia inmediata. Pero, en ausencia de sanciones penales cuya determinación, según el artículo 25, corresponde a cada Estado, la eficacia de las prohibiciones es relativa, ya que solo podrían tener efectos a nivel civil o administrativo. En el plano jurisdiccional también se espera la intervención de los tribunales nacionales para hacer valer los derechos reconocidos. Si bien la Convención reconoce al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como su intérprete, es solo a los fines de emitir dictámenes puramente consultivos fuera de todo litigio concreto (art. 29). Además, la "Convención de Derechos Humanos y Biomedicina", a diferencia de lo que ocurre con la "Convención Europea de Derechos Humanos", no prevé la posibilidad de un recurso individual ante el Tribunal

---

<sup>263</sup> BELLVER CAPELLA, Vicente. "Passi verso una bioetica universale: la Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina" en *Region Pratica*, 2001, n.16, p. 50.

por violación derechos reconocidos por la Convención. Solamente los Estados y el Comité Director para la Bioética pueden recurrir ante el Tribunal Europeo y al único fin de solicitar la opinión de este sobre la interpretación de la Convención. Un recurso jurisdiccional ante el Tribunal solo correspondería en la medida en que se invocara la violación de alguna norma de la “Convención Europea de Derechos Humanos”.

Con respecto a la eventual restricción a nivel nacional de los derechos reconocidos, como ya se ha mencionado, la Convención la autoriza cuando sea necesaria para la seguridad pública, la prevención de delitos, la protección de la salud pública y la de los derechos de terceros (art. 25). Esta eventual restricción no hace más que aplicar una regla general según la cual los derechos están sujetos a reglamentación porque en principio no son absolutos. La Convención retoma en parte las restricciones previstas en la “Convención Europea de Derechos Humanos” (art. 8, inciso 2). Sin embargo, hay algunas normas que tienen valor incondicional y que no pueden por consiguiente ser restringidas por el derecho interno (art. 27): la no discriminación por razones genéticas, la prohibición de la terapia génica germinal y de la selección del sexo en la procreación asistida; las normas relativas a la protección de las personas que se prestan a una investigación, las normas sobre protección de los incapaces, las normas sobre trasplantes de órganos y la prohibición de la comercialización de órganos o productos del cuerpo.

## CONCLUSIONES

La “Convención Europea de Derechos Humanos y Biomedicina” constituye uno de los ejemplos más destacados del esfuerzo efectuado por ciertos organismos internacionales para dar una respuesta común a los nuevos dilemas derivados del desarrollo biomédico. Es cierto que hay muchos temas que deben ser clarificados y que requieren un mayor desarrollo, sobre todo a través de protocolos adicionales. Pero de cualquier manera, que se haya logrado este primer acuerdo con carácter vinculante es de por sí un hecho altamente significativo que muestra que la cooperación internacional también puede dar frutos en un área tan sensible como la bioética. Al momento de valorar la Convención, es importante tener en cuenta que los principios reconocidos no son de máxima, sino de *mínima*, es decir, que tienden a evitar las violaciones más graves de los derechos humanos y no a regular en detalle la infinidad de cuestiones que surgen en este ámbito. Con la “Convención de Oviedo” se ha puesto en marcha un proceso altamente auspicioso de internacionalización del derecho biomédico que esperamos sirva para afianzar en este ámbito la protección efectiva de los derechos humanos y de la dignidad de la persona.

## PRINCIPIOS Y CREENCIAS AMBIENTALES RELATIVOS A LA SALUD

**Eduardo A. Pigretti (\*)**

### EL ANTIGUO TESTAMENTO

El Génesis nos da la idea de que Dios nos dio la Tierra para que la poseyéramos. Nadie pudo entender que esa dación era para que la destruyéramos. Nadie. Sin embargo, una visión política, en más de una oportunidad, y una visión indebida, en tantas otras, dijo que ese mensaje bíblico fue mal interpretado y que los hombres entendimos que había que romper la naturaleza.

Conscientemente, nadie puede concebir “romper” la naturaleza. Pero creo que inconscientemente muchos admiten que la naturaleza sea destruida.

### CULTURAS PRECOLOMBINAS

Los mayas no hubiesen compartido esta distinción. Para ellos, el respeto por la naturaleza tenía un sentido tan profundo que aquél que la destruyera sufriría, inevitablemente, todo género de padecimientos. Pero no porque el orden social humano lo fuese a combatir, sino porque sí, porque era un principio superior: la naturaleza no debía ser agredida por los hombres.

### EL CRISTIANISMO

Los pontífices han vuelto sobre este tema porque la confusión ha sido muy grande y se ha metido, desde el punto de vista pontificio, en ciertas luchas políticas. El Estado debe tutelar los bienes colectivos; bien común, bien de todos. No bienes privados, sino no sería bien común.

El viejo capitalismo –dice el Papa– solo se limita a defender al hombre en su relación laboral; ahora el Estado tiene que cuidar que no le destruyan la naturaleza. Las empresas, en su evolución actual, ya no quieren destruir la naturaleza. Los buenos empresarios están convencidos de que si destruyen la naturaleza, destruyen al mismo tiempo sus negocios y estarían atentando así contra sus propios

---

(\*) *Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, especializado en Recursos Naturales. Profesor titular consulto de la Universidad de Buenos Aires.*

intereses. El abuso en la explotación de la naturaleza trae inevitablemente dificultades a su evolución económica.

## EL NUEVO CAPITALISMO

Entonces esta visión, que lamentablemente no está generalizada, se aprecia en muchos casos. Muchas empresas han incorporado a sus balances, los “balances ecológicos” que tratan de demostrarle al accionista que la empresa ha cumplido el objetivo económico sin destruir la naturaleza. Eso, en Europa, es un punto superior y casi supremo para la suerte empresarial.

## LA POLÍTICA AMBIENTAL DE LA GLOBALIZACIÓN

No voy a desarrollar la teoría de la globalización (pues ya se ha construido filosóficamente una teoría de la globalización), sino que voy a tratar de expresar algunos aspectos de esa globalización que llega hasta nosotros.

Cuando consigamos que todas las disciplinas sociales y naturales estén unidas, descubriremos que los problemas que se presentan no podrían jamás ser atendidos por una sola persona o por una única entidad o Estado ni por una sola disciplina; allí aparece la globalización ambiental.

La globalización no aparece en estado puro como puede creerse. Aparece acompañada, solapada (en el buen sentido de la palabra) por la política, por los intereses y a ratos, por la economía. La globalización es real en los problemas globales ambientales que afectan la calidad de vida; ahí es real. Por ejemplo el agujero de ozono, hace daño cuando tomamos sol y hace daño al resto del mundo. Tenemos efectos desde la Antártida y el Amazonas, hasta todo el mundo.

Tenemos problemas que resolver que no tienen que ver con los límites y con las fronteras. Y, para entrar en esa órbita, vamos a identificar los problemas y a buscar soluciones.

Hay una globalidad en los medios de publicidad. Sufrimos por un señor de la India al que le acaba de pasar –por así decirlo– una cosa tremenda; y a dos cuadras de nuestra casa hay otro señor al que le ha sucedido algo de entidad superior y mayor, y que no ha tenido la suerte de que ninguno de los periodistas haya ido hasta allí a enterarse. De este hombre no nos enteramos, no podemos ser solidarios (que es una característica del mundo que viene), no podemos asumir nuestra parte.

Tenemos, sí, el dato de un país que no conocemos, de costumbres ignotas, de comportamientos alejados del nuestro. Es una globalidad que tenemos que ir adecuando.

Hay una globalidad de la política, que es el antiguo deseo humano de que haya un gobierno mundial. El sistema político busca superar la nación que, hasta ahora, es la base de la sustentación de lo internacional. Se está forzando a que no sea solamente esa base la de la sustentación; se inventa un mercado, se inventa la Unión Europea, se inventan países nuevos más grandes. Otra escala económica se inventa.

Se privilegia la economía en detrimento del resto de las condiciones espirituales, intelectuales, físicas, y estamos en un tránsito entre la noción de Nación y la noción de Nuevo Territorio Económico (área homogénea). Por ejemplo, Mercosur, Unión Europea, entre otros.

El sistema económico se globaliza. A veces es cierto que se globaliza; y a veces, no es verdad. Es más fácil decir "se cae el peso hoy, porque Tailandia ha cometido algunos errores de conducción"; el economista de allá hizo algo mal. Se hizo un "enroque" que no iba y entonces se cayó el peso. Se hicieron edificios destinados a nadie; se hicieron construcciones que no tienen destino; se hicieron fábricas que no van a producir. Abandonaron todos y cada uno de los capítulos de la economía básica, no ya la sofisticada. Y entonces, algunas cosas no funcionaron.

## ¿QUÉ PASA CON LA GLOBALIDAD?

Para la globalidad las creencias que habitan en nosotros ya no son más útiles. Empiezan a no prestar el servicio que habían permitido determinadas acciones humanas. El hombre se siente atontado, confuso. A veces algunos son esclarecidos porque alguien les explica: va a pasar "tal cosa mañana".

Ahora, las guerras nos llegan por televisión, en directo. Por televisión se transmite la guerra en un acto que nos parece inmoral. Voy a ver que están por matar a ese señor y lo matan, al mismo tiempo que eso sucede. Yo no consigo reponerme de las circunstancias; y no porque no comprenda cómo es un frente de batalla.

## ANUNCIOS DESESPERANTES

El nuevo mundo provoca anuncios desesperantes. Habrán oído que Gorbachov propuso el cambio de los mandamientos; abandonar los diez mandamientos. Claro, no hay que ser tan honesto. Si vamos a vender tenemos que aumentar nuestro índice de degeneración un poco, porque sino nadie compra.

Se propone abandonar los diez mandamientos porque algunos negocios no permiten ser honestos las 24 horas del día. Hay que ser honestos a la mañana; ya a la tarde, según quien llama, uno dice: "Vení a la tarde, que no voy a aplicar la Ley de Moisés".

No sé ya hasta dónde va a ir la nueva tabla, porque no hay restricciones ni límites. Esto lo dijo Gorbachov y hasta propuso una nueva tabla. Cambia el sistema de representación que considera que siempre fue imperfecto. La democracia no funciona, la representación cambia en los partidos.

En lo inmediato, entonces, van a cambiar los partidos. La calidad de vida va a sustituir el sistema de representación; ya se está sustituyendo, de hecho.

La representación, hasta ahora, estuvo en el Congreso de la Nación; y los diputados y los senadores se disgustan enormemente cuando alguien asume, sin permiso, la obligación que ellos han contraído de representar a los demás. Ahora, a los Congresos se les suman, en los foros de decisión o predecisión, las organizaciones no gubernamentales. Aunque algunas estén muy aferradas a esquemas políticos, es la contaminación necesaria para que puedan ir a votar; porque si todas van a ser no gubernamentales y sectarias del ambientalismo sin politicidad, no van a servir.

También se generalizará el sistema francés de elegir representantes por sorteo. Existen ONG de servicio; los clubes de leones y otros clubes de servicio. Van a integrarse a futuras resoluciones. Esos clubes, al tener un sistema de comunicación, son más eficaces para discutir ideas que otros sistemas y se convierten en funcionarios en su accionar.

Algunos organismos burocráticos internacionales tienen un peso histórico (la Cruz Roja, por ejemplo) y otros son "burocracias" que van haciendo un sistema de consulta. El presidente Clinton hizo lo que nuestro presidente hace todos los días: realizó un veto parcial. En los Estados Unidos no se admitía. En cambio nosotros, sí.

Y de ahí pasamos al sistema de consenso que muchas veces genera un poco de sorpresa. ¿Por qué? Porque yo les propongo ahora que, por consenso, estemos de acuerdo en lo que estoy diciendo. ¿Están de acuerdo? Bien, entonces pasamos al punto siguiente. Ya todos quedamos con "aprobado este tema".

Y de acá sigue que las naciones no desaparecen solo como tales sino que se integran a territorios más vastos que los mercados. Se producen escenarios que significan –y aquí viene el punto que importa– por su calidad de vida. No importan los Estados Unidos o Europa, o la Unión Europea o el Mercosur.

Importa que existan en una noción de la economía con áreas homogéneas donde el hombre consiga producir, vivir, alcanzar bienestar, tener salud, tener educación, hacer cibernética, hacer todo y tener calidad de vida.

La pregunta del millón es si esa calidad de vida es exactamente la que queremos, en países que se integren o formen bloques, o sean áreas homogéneas ¿Tenemos que tener la violencia y la inseguridad que tenemos? ¿O podríamos haber tenido un reparto de riqueza más razonable?

Juan Pablo II lucha contra las zonas de la inseguridad, la zona de la pobreza que se incorpora a la noción de calidad de vida.

¿Cómo es que la pobreza se incorpora a la calidad de vida? Se integra porque no puede mantenerse la pobreza para que sea la calidad de vida buena. Entonces, la solución es:

- 1º) la globalidad está y es indiscutible;
- 2º) la puntualidad, que no es llegar temprano, sino no olvidarse de lo “puntual”.

De mí, de mi casa, de mi familia, de mi barrio, de mi ciudad, de mi pueblo, de mi territorio; y los territorios que siguen. Pero lo “puntual”.

Lo global, así como va, va mal; me contagia de efectos y consecuencias que no necesito. Quizá yo contagie a los demás de lo puntual mío. La coordinación de las acciones puntuales es la solución del problema.

## **PROPUESTA DE PRESUPUESTOS MÍNIMOS SOBRE SALUD Y POBREZA**

Para realizar la propuesta que a continuación se agrega he buscado diversas opiniones que tienen por objeto destruir algunos dogmas jurídicos que deben superarse en opinión de los autores.

Se propone considerar presupuestos mínimos en los términos del artículo 41 de la Constitución Nacional en relación a la erradicación de la pobreza y del hambre, a una mayor equidad en la distribución de los ingresos y al aprovechamiento de los recursos naturales.

Se propone fijar como política el concepto de Seguridad Alimentaria como parte de la agricultura sostenible. A tal fin debe preverse:

- 1º) la concesión de crédito a los pobres de las zonas urbanas y
- 2º) el acceso a tierras cultivables, a los recursos naturales y a los medios de producción para quienes carezcan de tales bienes.

Deberán declararse de plena operatividad los intereses de legitimación difusa contenidos en los artículos 41, 42, 43 y concordantes de la Constitución Nacional. En consecuencia, el ejercicio de tales derechos no requiere de reglamentación administrativa alguna ni de intervención obligatoria por parte del Poder Judicial, en los supuestos en que no se afecten derechos de terceros.

Se propone exceptuar de la aplicación del artículo 20 del Código Civil las situaciones políticas, jurídicas, económicas y sociales que justifiquen tal actitud por parte de las autoridades que tienen competencia para la aplicación de las leyes y la determinación de los derechos, sean los ámbitos legislativos, ejecutivos o



judiciales de todas las jurisdicciones del país. Como consecuencia de lo indicado, toda persona pública o privada podrá excusar la ignorancia de las leyes por parte de personas carenciadas o discapacitadas que lo justifiquen, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros.

Toda autoridad pública tendrá derecho al ejercicio de la tutela o de la curatela que regulan los Títulos VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII y XIV del Libro I, Sección II del Código Civil, cuando se encuentre en presencia de un desequilibrio del poder negociar entre partes contratantes o que hayan resultado relacionadas por ministerio de la ley u otra fuente de obligación legítima. Cuando las partes de una relación jurídica se encuentran en una situación de inferioridad política, económica, social o cultural frente a otra, la autoridad deberá abandonar el principio *favor debitoris* y establecer como principio de regulación el *favor debilis*.

Toda persona que detente superioridad política, judicial, administrativa, técnica, científica, económica o cultural, está obligada a cumplir en forma absoluta con el deber de información. En consecuencia deberá adoptar para cualquier modo de relacionamiento jurídico el principio de proteger la confianza de la contraparte, que en ningún caso quedará obligada a responsabilidades que excedan los límites razonables de su situación personal.

Ninguna persona careciente deberá oblar impuesto de justicia o tasa administrativa de ninguna índole cuando se trate de litigar por razones ambientales.

En tal supuesto, cualquier juez tendrá que atender cualquier requisitoria de cualquier carenciado con respecto a causas vinculadas al ambiente. Deróganse en el sentido expresado en el presente artículo toda forma de jurisdicción y competencia.

Desarrollo sostenible social. Correcciones a disposiciones legales aplicables por razones de carencias económicas:

- 1) Por razones jurídicas: revisión del dogma del conocimiento de la ley.
- 2) Incorporación del principio de la equidad como sustitutivo del esquema general jurídico.

Uso del ambiente por los carenciados:

- 1) Tendencia a la gratuidad por parte de quien no posee bienes.
- 2) Determinación de nivel de pobreza. Dónde empieza según la estadística.
- 3) Uso de los recursos naturales y afectación de los mismos al uso gratuito.

Agua.

Confirmación del derecho del uso del agua para bebida e higiene (cruda o procesada).

#### Fauna.

Derecho de los carenciados a la utilización de la fauna silvestre tanto en el ejercicio de la caza como en el de la pesca con destino al consumo humano y el sustento.

#### Flora.

Autorización del uso del elemento vegetal silvestre para consumo y sustento.

#### Tierra.

Mejora y perfeccionamiento de los sistemas en uso de prescripción inmueble. Modificaciones urbanísticas tendientes a exigir normas de caracteres humanitarios en cualquier urbanización que se proyecte, por ejemplo, baños públicos con servicios sanitarios y de higiene.

#### Energía.

Obligaciones de los prestadores de servicios monopólicos en coordinación con los entes públicos responsables del uso del gas, la electricidad, el agua y los combustibles en caso de carencias extremas y necesidades impostergables.

#### Alimentos.

Derecho a recibir un mínimo de calorías por día en una alimentación equilibrada.

#### Campo laboral.

Aplicación de normas que permitan el trabajo de quienes estén en condiciones de realizarlo sin restricciones formales, cuando se trate de supuestos de pobreza extrema.

Diseño de trabajos de vigilancia y presencia física para apoyo de otras tareas.

#### Políticas humanitarias.

Estímulos a la medicina de trasplantes con órganos artificiales.

Simplificación de las normas de adopción de infantes cuando se trate de niños carenciados.

#### Abandono de estímulos.

A la medicina de procreación como manera de estimular las adopciones, manteniendo la libertad en tales decisiones por parte de familias de situación económica adecuada al propósito.

#### Políticas mortuorias.

Establecimiento de procedimientos de incineración con el propósito de evitar gastos sociales en tales casos.

Regímenes de jubilaciones y pensiones graciables.

#### Política económica.

Promover las exportaciones de mayor valor agregado y menor destrucción del ambiente como un modo de apoyar la solución de los aspectos económicos vinculados a los carenciados.

#### Envases.

Evitar la utilización de envases superfluos, no reutilizables y de puro aspecto ornamental con excepción de los que por razones comerciales propugnan el régimen de presentación comercial como base de venta.

#### Infraestructura social.

Identificar y dar diverso tratamiento para regiones del país según las diferencias zonales que lo justifiquen.

#### Definir una política de reubicación humana.

A partir de un amplio concepto de libertad que permita la descentralización poblacional y el estímulo económico para quienes se relocalicen en áreas de las que migraron.

#### Problemas educativos.

Establecer medidas efectivas de corrección de la deserción escolar.  
Reestablecer el colegio con salida laboral.

#### Régimen impositivo.

Liberación del impuesto del IVA a las compras de los carenciados.  
Perfeccionamiento y simplificación de los sistemas jurídicos para el beneficio de litigar sin gastos.

## DERECHO A LA SALUD EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE: UN LARGO CAMINO POR RECORRER

Luciana B. Scotti (\*)

### INTRODUCCIÓN

La integración regional ocupa un lugar destacado en la agenda política de los Estados y es considerada por un número relevante de autores como el fenómeno internacional de mayor importancia de cara al siglo XXI.<sup>264</sup>

En este sentido, se suele señalar que estos bloques regionales comparten en la actualidad un rol protagónico con los Estados nacionales en el escenario de las relaciones internacionales. El dato de la cooperación que conlleva este fenómeno ha permitido a idealistas o liberales transnacionalistas demostrar con ejemplos concretos sus teorías. Y pese a que los teóricos del realismo continúan sosteniendo el papel central de los Estados, incluso ellos han reconocido en sus versiones más modernas y moderadas un lugar a estos nuevos actores. En efecto, al menos desde la posguerra fría, tanto para unos como para otros, los procesos de integración regional forman parte de sus respectivas agendas de investigación, aun cuando cada teoría de las relaciones internacionales pone el acento en diversos matices.

En suma, los esquemas de integración regional afectan y condicionan el comportamiento de los Estados y de otros actores de la escena internacional, así como al propio sistema internacional.

Ahora bien, a la pregunta ¿qué es la integración?, las respuestas son múltiples. Etimológicamente, “integrar” significa hacer un todo o conjunto con partes diversas, contribuir a formar un todo o conjunto.

Desde una perspectiva económica, “integrar” significa configurar un espacio económico ampliado respecto de la unidad económica tradicional, el Estado-Nación.

---

(\*) *Abogada egresada con Medalla de Oro en la Universidad de Buenos Aires. Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magister en Relaciones Internacionales (U.B.A.). Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, U.B.A. Coordinadora y profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado y del Programa de Actualización en “Derecho de los Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo” (Facultad de Derecho, U.B.A.). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Directora del Proyecto DECyT “Obstáculos, Deficiencias y Retos Institucionales del Mercosur”. Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.*

<sup>264</sup> Cfr. BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 277.

En la práctica, implicará la eliminación de barreras comerciales entre los socios del bloque regional.<sup>265</sup>

Por su parte, Barbé identifica al menos tres visiones distintas de la integración regional.<sup>266</sup> En primer lugar, una mirada jurídico-institucional se concentra en el estudio de las organizaciones internacionales de integración. Así, Diez de Velasco, las define como aquellas en las que “se opera una cesión de competencias de los Estados miembros a los órganos comunes, que se caracteriza por suponer la atribución de poderes del mismo tipo de los que resultan de las funciones superiores de un Estado a unos órganos independientes de los Estados, y por la posibilidad que tienen dichos órganos de pronunciarse por mayoría en caso de estar formados por representantes gubernamentales (y no por unanimidad como en las Organizaciones tradicionales), al tiempo que las decisiones que adopten podrán tener, en determinadas ocasiones, autoridad directa e inmediata en los órdenes jurídicos nacionales”.<sup>267</sup>

Un segundo enfoque pone de relieve la dimensión política de la integración. Y en este sentido, autores como Ernst Hass definen a la integración política como un proceso a través del cual los actores políticos transferirían su lealtad y sus expectativas hacia una nueva autoridad o comunidad superpuesta a las existentes, es decir, a los propios Estados nacionales. Existiría, así, una identidad común.<sup>268</sup>

Y finalmente, Barbé hace referencia a una tercera visión cuyo autor principal es Karl Deutsch, quien aborda la integración a partir de la noción de “comunidad de seguridad”. Desde esta perspectiva, en un mundo integrado en una comunidad de seguridad no habría guerras, las disputas se resolverían por otras vías y se conformaría una “zona de paz”.

A partir de las diversas definiciones, podemos apreciar que la integración regional como fenómeno tiene distintas dimensiones vinculadas a los objetivos propuestos por cada esquema de integración: económico-comercial, político-estratégico; social; cultural y jurídico-institucional. Es decir, nos encontramos ante un fenómeno pluridimensional, multifacético y que como tal requiere de una aproximación interdisciplinaria.

Dentro de la dimensión social, cobran importancia superlativa las políticas de salud. En efecto, en mayor o menor medida, los procesos de integración más significativos que abordaremos en este trabajo, prevén algunas medidas en esta delicada materia, para la cual destinan, en general, un órgano secundario del esquema que se ocupará de elevar propuestas, elaborar informes, examinar las políticas sanitarias de los Estados parte, entre otras tareas.

---

<sup>265</sup> Cfr. BOTTO, Mercedes. *La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), 2003, p. 2.

<sup>266</sup> BARBÉ, Esther. *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 220 y ss.

<sup>267</sup> DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Las Organizaciones Internacionales*, 8ª edición. Madrid: Tecnos, 1994.

<sup>268</sup> HASS, Ernst. *The Uniting of Europe. Political, Economic and Social Forces, 1950-1957*, Stanford, 1958, citado por Barbé, Esther, *Relaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 221 (nota 284).

## I. INTEGRACIÓN REGIONAL LATINOAMERICANA: NOTAS CARACTERÍSTICAS

En América Latina el regionalismo no es un fenómeno de los últimos años. En efecto, tras la independencia de muchos países de la región, se propusieron diversas iniciativas de unión política.<sup>269</sup> Sin embargo, fue necesario esperar hasta la segunda mitad del siglo XX, durante la cual comenzaron a vislumbrarse -aunque no todos fueron exitosos-, serios proyectos de integración. Así, encontramos el emprendimiento de ambiciosos desafíos con mayor o menor dosis de realismo: la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) de 1960, que veinte años más tarde y ante su fracaso se convirtió en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI); el Mercado Común Centroamericano (MCCA) de 1960, ahora llamado Sistema de Integración Centroamericana (SICA); el Grupo Andino de 1969, que desde el "Protocolo de Trujillo" de 1996 se convirtió en la Comunidad Andina de Naciones (CAN), y la Asociación de Libre Comercio del Caribe, actualmente Caricom (Comunidad del Caribe).

El principal promotor de estos proyectos de integración regional fue la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) como vía para dar solución a los problemas abiertos por el proceso de sustitución de importaciones en América Latina.

A estas viejas iniciativas se han sumado desde la década del noventa una treintena de casos de "nuevo regionalismo" o "regionalismo abierto"<sup>270</sup> que abarcan áreas de preferencias arancelarias, zonas de libre comercio o uniones aduaneras con objetivos, en la mayoría de los casos menos ambiciosos, y limitados en líneas generales al ámbito económico-comercial.<sup>271</sup> Un ejemplo claro del regionalismo abierto es el Nafta, integrado por Canadá, los Estados Unidos y México que desde el 1° de enero de 1994 se constituyó en una de las zonas de libre comercio más grandes del mundo.

---

<sup>269</sup> Entre las iniciativas integracionistas del siglo XIX más relevantes cabe mencionar el "Congreso de Lima" de 1847, el "Congreso de Santiago de Chile" de 1856, el "Tratado de Alianza y Confederación" firmado en Washington en 1856, el "Tratado de Alianza" firmado por Bolivia, Chile y Perú en 1867, la "Primera Conferencia Internacional Americana" celebrada en Washington, en 1889.

<sup>270</sup> La distinción entre viejo regionalismo o regionalismo cerrado o de primera generación y nuevo regionalismo o abierto o de segunda generación es la existencia en los primeros de instituciones supranacionales, de motivaciones originarias que exceden lo estrictamente comercial, y además el contexto histórico en que se originan. La Unión Europea y el NAFTA (TLCAN) son respectivamente ejemplos emblemáticos de cada uno de estos tipos de regionalismo. Puede verse un análisis detallado del tema en BOTTO, Mercedes. *La integración regional en América Latina: ¿una alternativa para el crecimiento?*, Trabajo preparado para FLACSO, 2003.

<sup>271</sup> Cfr. BID. "El nuevo regionalismo en América Latina", en *Más allá de las fronteras: el nuevo regionalismo en América Latina*. Washington, 2003, p. 29.

Lo cierto es que todas estas iniciativas de integración, en mayor o menor medida, buscan ser un medio para lograr un mayor desarrollo socioeconómico, la inserción internacional en un mundo globalizado, el mejoramiento de las condiciones de vida de sus habitantes y en alguna medida, el logro de cierta autonomía de la región y de los Estados que la conforman.

En el plano jurídico-institucional, estos procesos en América se caracterizan, en general, por la intergubernamentalidad de sus órganos, de los cuales emanan normas de derecho derivado que no gozan de las notas salientes del derecho de la Unión Europea, es decir, de su primacía, su aplicabilidad inmediata y su efecto directo. Esta circunstancia conspira contra el desarrollo pleno del ordenamiento jurídico del esquema, y en particular, en lo que nos ocupa, del derecho a la salud como política común. Veamos.

## II. INTEGRACIÓN REGIONAL Y POLÍTICA DE SALUD

Tal como mencionamos, los Estados, a través de los procesos de integración regional, procuran, entre sus metas fundamentales, mejorar la calidad de vida de sus pueblos. Evidentemente, para ello, es de toda necesidad incluir en sus agendas, políticas sociales y en particular políticas sanitarias. Asumir la salud como una responsabilidad compartida entre los socios del bloque es una estrategia de integración adecuada para alcanzar la finalidad propuesta.

Debemos recordar, por otra parte, que a nivel mundial, los “Objetivos de Desarrollo del Milenio en materia de salud”, fijados en el año 2000 y que los países miembros de las Naciones Unidas acordaron conseguir para 2015, están encaminados a lograr una mejor calidad de vida en nuestros pueblos. Para lograrlo, las ocho metas concretas son: conseguir la erradicación de la extrema pobreza y el hambre, lograr la educación primaria universal, promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer, reducir la mortalidad infantil, mejorar la salud materna, combatir el VIH Sida y otras enfermedades infectocontagiosas; garantizar la sostenibilidad ambiental y desarrollar alianzas globales para el desarrollo.

Muchas de las acciones y los programas implementados por los diversos procesos de integración, con más o menos éxito, tienen en miras dichos objetivos, tal como podremos apreciar.

## II. SITUACIÓN ACTUAL EN LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN REGIONAL DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE

### 1. INTEGRACIÓN EN EL CONO SUR: EL MERCOSUR

El Mercosur o Mercado Común del Sur, fue creado por el denominado “Tratado de Asunción” de 1991, suscripto por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. A él se atribuyeron, según el art. 1º, los siguientes objetivos:

- “La libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente.
- El establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico-comerciales regionales e internacionales.
- La coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia entre los Estados partes.
- El compromiso de los Estados partes de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración”.

A su turno, el “Preámbulo del Tratado de Asunción” alude a “la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes”.

La política de salud en el Mercosur motivó la creación de órganos específicos. En efecto, en 1995, fue creada la Reunión de Ministros de Salud (RMS) (Dec. CMC N° 03/95), dependiente del Consejo Mercado Común (CMC), con el objeto de coordinar las políticas en el área de salud del Mercosur. Tiene competencia institucional para formular, acordar y apoyar acciones de promoción, prevención y atención de la salud que sean realizadas por los Estados parte a través de proyectos intra y extra bloque. Asimismo, puede proponer proyectos, programas, estrategias y directrices regionales con vistas al perfeccionamiento del proceso de integración. Por su parte, el Subgrupo de Trabajo N° 11 Salud (SGT N° 11) (Res. GMC N° 151/96, Dec. CMC N° 59/00) fue creado en 1996, en la órbita del Grupo Mercado Común. En efecto, el GMC por Resolución N° 13/07 le atribuyó al SGT N° 11 la discusión de temas prioritarios, de interés común para los Estados parte: armonizar legislaciones y directrices, promover la cooperación técnica y coordinar las acciones necesarias para el proceso de integración entre los Estados parte en el



área de salud; compatibilizar los sistemas de control sanitario de los Estados parte con miras a fortalecer la integración regional; definir las relaciones del SGT N° 11 con las demás instancias del Mercosur, procurando la integración y complementación de acciones.

En temas más específicos relacionados con las políticas de salud, el Mercosur cuenta con otros órganos y sub-órganos, entre los que destacan: la Reunión Especializada de Autoridades de Aplicación en Materia de Drogas, Prevención de su Uso Indebido y Recuperación de Drogadependientes (RED) (Res. GMC N° 76/98, Dec. CMC N° 59/00), Coordinada por el FCCP, y la Comisión Intergubernamental de salud Sexual y Reproductiva del Mercosur, creada en la reunión de ministros de salud del Mercosur en diciembre de 2003, en Punta del Este, Uruguay.

En el seno de estas instancias, se han aprobado diversas normas de derecho derivado vinculadas al área de salud. En particular, destacan la Dec. CMC N° 20/03 sobre estrategia regional para el control del tabaco en el Mercosur y la Dec. CMC N° 21/03 sobre estrategia regional para el control del tabaco en el Mercosur y en la República de Chile; la Dec. CMC N° 24/04, modificada por Dec. CMC N° 01/06 que aprueba la Quinta Ronda de Negociaciones de compromisos específicos en materia de servicios y que incluye precisamente los servicios médicos y dentales, de parteras, enfermería, fisioterapia, paramédicos y los servicios farmacéuticos con ciertos límites al acceso al mercado y al trato nacional; la Dec. CMC N° 31/05 que aprueba estrategias conjuntas para enfrentar los riesgos de una pandemia de gripe aviar, la Res. GMC N° 97/94 sobre la estrategia de adecuación sobre vigilancia sanitaria, la Res. GMC N° 125/96 sobre Protección a la salud y seguridad del consumidor, la Res. GMC N° 61/2000 sobre buenas prácticas de fabricación y control de medicamentos, la Res. GMC N° 73/2000 aprobatoria de la lista de especialidades médicas comunes en el Mercosur; la Res. GMC N° 04/01 que aprueba el listado y definición de enfermedades que deben ser notificadas obligatoriamente entre los Estados miembros, la Res. GMC N° 58/01 sobre principios éticos médicos del Mercosur; la Res. GMC N° 27/04 sobre una matriz mínima de registro de profesionales de salud del Mercosur, la Res. GMC N° 018/2005 sobre directrices para metodologías de evaluación de tecnologías en salud, la Res. GMC N° 32/05 sobre medidas de vigilancia y control para la prevención de fiebre amarilla, la Res. GMC N° 66/06 sobre profesiones de salud del Mercosur, la Res. GMC N° 21/08 "Declaración de salud del viajero en el Mercosur"; la Res. GMC N° 23/08 sobre recomendaciones para la salud de los viajeros, la Res. GMC N° 01/2010 sobre protección de la salud y la seguridad de consumidores y usuarios –aspectos operativos–, entre muchas otras.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> Se puede ver un detalle de la normativa Mercosur sobre salud en RIMOLDI de LADMANN, Eve y otros. *Derecho a la salud y servicios de salud en el orden internacional y regional*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.B.A., 2007. En especial, el capítulo IV: *Regionalismos y Mercosur*, p. 123-189.

Recientemente, el 31 de julio de 2010, en San Juan, el Grupo Mercado Común ha aprobado un Memorándum de entendimiento de cooperación entre el Mercado Común del Sur (Mercosur) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) (Res. GMC N° 45/2010), con el propósito de brindar cooperación técnica a los Estados parte en apoyo a la agenda sanitaria de los procesos subregionales de integración. Las áreas donde la OPS/OMS brindará cooperación son seis:

- Vigilancia y regulación: aplicar los procedimientos apropiados de registro en materia de productos para la salud y asegurar la vigilancia de calidad de los productos que puedan afectar la salud de la población, así como la creación de capacidades técnicas en evaluación de tecnologías.
- Reglamento Sanitario Internacional: fortalecimiento de capacidades de vigilancia y respuesta, y control sanitario en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos terrestres.
- Atención Primaria en Salud y Determinantes Sociales de la Salud: promoción de la salud y los estilos de vida, e identificación y atención de las necesidades de grupos poblacionales asentados en territorios compartidos.
- Recursos Humanos en Salud: intercambio de políticas, programas y experiencias en relación a la planificación de recursos humanos y el desarrollo de estrategias regionales en salud en función de las necesidades de los servicios de salud; desarrollo de estrategias regionales de capacitación de recursos humanos en función de necesidades de los servicios de salud.
- Sistemas de Información y Gestión del Conocimiento: elaboración de criterios estandarizados para fortalecer los sistemas de información que permitan evaluar el impacto del Mercosur en la salud y producir y diseminar evidencia y conocimientos apropiados para la toma de decisiones.
- Capacidad para Ayuda Humanitaria y Reducción de Riesgos de Desastres: fortalecimiento de la capacidad para responder en esos casos. Intercambio de experiencias, definición de criterios, adopción de guías y desarrollo de mecanismos con miras a la respuesta conjunta entre los Estados partes del Mercosur y de este a otros países.

Según el Memorándum, los planes de trabajo podrán contemplar capacitación, transmisión de conocimientos y tecnologías; estudios y diagnósticos sobre aspectos puntuales, y realización de foros de discusión y debate.

## 2. INTEGRACIÓN ANDINA: LA CAN (COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES)

La Comunidad Andina de Naciones, integrada actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú encuentra su antecedente en el “Pacto Andino”, creado el 26 de mayo de 1969 a través del “Acuerdo de Cartagena”, con el propósito de mejorar el nivel de vida de sus habitantes mediante la integración y la cooperación económica y social.<sup>273</sup> En 1997, con el “Protocolo de Trujillo” se introdujeron reformas a aquel acuerdo que dieron origen a la llamada Comunidad Andina.

En la “Cumbre Presidencial de Quirama” de 2003, se decidió incorporar la vertiente social al proceso de integración y los presidentes dieron el mandato a los órganos de establecer un “Plan Integrado de Desarrollo Social” con el fin de acercar la integración a los pobres, luchar contra la pobreza, contra la exclusión y contra la desigualdad.

Entre los objetivos del llamado “Plan Integrado de Desarrollo Social” (PIDS) sobresalen: contribuir, desde la integración, a la lucha contra la pobreza, la exclusión y la inequidad social, potenciar los beneficios sociales de la integración, hacer de la integración un proceso relevante para la población de los países Andinos, enriquecer las políticas sociales nacionales mediante el intercambio de experiencias y el aprendizaje mutuo; contribuir a la continuidad de las políticas públicas en los países miembros, impulsar la construcción gradual de una política social comunitaria y avanzar la dimensión social de la integración.

Por su parte, los programas y los proyectos sociales comprenden una gran diversidad de iniciativas, desde la constitución de foros y redes para formular políticas comunitarias, hasta la ejecución de acciones concretas en zonas fronterizas y áreas deprimidas. Dentro de estos, un ámbito temático destacado es el de la salud.

El Consejo Andino de Ministros de Desarrollo Social (CADS) –instancia comunitaria creada mediante “Decisión 592” del 10 de julio de 2004, en el marco de la “XV Reunión del Consejo Presidencial Andino”–, recibió el encargo de ejecutar el PIDS, de elaborar un Plan de Acción y de conformar comités nacionales para garantizar la ejecución y seguimiento de los proyectos en cada uno de los países andinos.

Un tema vinculado a la salud que es prioritario para los países miembros de la Comunidad Andina, es el problema mundial de la droga. En ese contexto, los Estados miembros de la Comunidad Andina han reiterado su compromiso de mantener una coordinación estrecha, con especial énfasis en la necesidad de concertar y evaluar multilateralmente las políticas para enfrentar dicho flagelo. A tales efectos, los países andinos apoyaron el desarrollo, en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, de la “Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas”, conocida como la “Convención de Viena” de 1988. Por su lado, la estrategia de las relaciones con

---

<sup>273</sup> Chile, que fuera miembro originario, se retiró en 1973 mientras que Venezuela se incorporó en 1976. Veinte años después también tomó la decisión de retirarse del bloque.

la UE en materia de drogas se desarrolla en el marco de los acuerdos tanto del “Diálogo Especializado de Alto Nivel en materia de Drogas entre la Unión Europea y la Comunidad Andina”, como del “Grupo Conjunto de Seguimiento de los Acuerdos sobre Precusores Químicos entre los Países Andinos y la Comunidad Europea”. Finalmente, a nivel hemisférico, los países andinos apoyan los esfuerzos realizados en el marco de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas de la Organización de Estados Americanos, particularmente la implementación del Mecanismo de Evaluación Multilateral.

El 22 de junio de 2001, a través de la “Decisión 505” del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, fue aprobado el “Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos”, que comprende todos los aspectos involucrados tanto en la producción, el tráfico, el consumo y los delitos conexos, y se basa en los principios de la responsabilidad compartida, la solidaridad, el pleno respeto a las respectivas legislaciones, la soberanía e integridad territoriales, así como en la estricta observancia del Derecho Internacional. El Plan define como mecanismos para su instrumentación al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (que realizará el seguimiento del Plan y aprobará los “Programas de Acción bianuales”); al Comité Ejecutivo (integrado por funcionarios de alto nivel de las Cancillerías y de los organismos nacionales especializados cuyo papel será establecer los Planes Operativos). También participarán en el desarrollo del Plan, el Comité Andino de Autoridades de Desarrollo Alternativo y la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Asimismo, la Comunidad Andina de Naciones cuenta con un “Sistema Andino de Sanidad Agropecuaria” (SASA), definido como el conjunto de principios, elementos e instituciones que se encarga de armonizar las normas sanitarias y fitosanitarias y de proteger y mejorar la sanidad animal y vegetal; de contribuir al mejoramiento de la salud humana, de facilitar el comercio de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, y animales y sus productos; y de velar por el cumplimiento de las normas fito y zoonosanitarias del marco jurídico andino. Está normado por la “Decisión 515” que adoptó la Comisión de la Comunidad Andina en marzo de 2002, la cual establece el marco jurídico andino para la adopción de medidas sanitarias y fitosanitarias de aplicación al comercio intrasubregional y con terceros países de plantas, productos vegetales, artículos reglamentados, animales y sus productos.

Párrafo aparte merece el denominado Organismo Andino de Salud -“Convenio Hipólito Unanue”<sup>274</sup>, creado el 31 de enero de 1970, cuyo objetivo es coordinar y apoyar los esfuerzos que realizan los países miembros, individual o colectivamente, para el mejoramiento de la salud de sus pueblos.

---

<sup>274</sup> Véase: <http://www.orasconhu.org/>. El Plan estratégico 2009–2012 se encuentra disponible en: <http://www.orasconhu.org/documentos/01-plan-oras-2009.pdf>

En el año 1974, en la ciudad de Caracas, Venezuela, se firmó el "Protocolo Adicional" por el cual se complementa y perfecciona el "Convenio Hipólito Unanue" y se crea la Secretaría Ejecutiva con sede fija en Lima. Asimismo, se establecen los compromisos financieros de los países.

Su función es coordinar y promover acciones destinadas a mejorar el nivel de salud de sus países miembros, dando prioridad a los mecanismos de cooperación que impulsan el desarrollo de sistemas y metodologías subregionales. En ese sentido, coordina con otros órganos subregionales, regionales e internacionales las acciones que concurren a ese fin.

La adscripción del "Convenio Hipólito Unanue" a la estructura institucional de la CAN se produjo por medio de la "Decisión 445", aprobada por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, el 10 de agosto de 1998.

El secretario ejecutivo es la máxima autoridad del Organismo Andino de Salud - "Convenio Hipólito Unanue", y su función principal es servir de facilitador de los mandatos de los ministros de salud, emitidos de las Reuniones de Ministros, realizadas anualmente.

### *3. INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA: EL SICA (SISTEMA DE INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA)*

El Sistema de la Integración Centroamericana (SICA) es el proceso de integración regional de Centroamérica, constituido por los Estados de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Posteriormente se adhirió Belice como miembro pleno. El SICA fue creado el 13 de diciembre de 1991 mediante la suscripción del "Protocolo a la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos" (ODECA) o "Protocolo de Tegucigalpa", el cual reformó la Carta de la ODECA, suscrita en Panamá el 12 de diciembre de 1962.

El Consejo de Ministros de Salud de Centroamérica, COMISCA<sup>275</sup>, tiene su génesis y razón de ser enmarcada jurídica e institucionalmente por la "Declaración de San Salvador", por el "Protocolo de Tegucigalpa" y por el "Tratado de la Integración Social de Centroamérica", TISCA, adoptados por los presidentes de Centroamérica en la "X Cumbre" realizada del 15 al 17 de julio de 1991 en El Salvador, en la "XI Cumbre" desarrollada los días 12 y 13 de diciembre de 1991 en Honduras y en la "XVI Cumbre" efectuada el 30 de marzo de 1995 en San Salvador, respectivamente.

Por lo tanto, el COMISCA constituye la instancia política del Sistema de la Integración Centroamericana, SICA, que tiene como propósito la rectoría del Sector Salud Regional; la identificación y priorización de los problemas regionales de

---

<sup>275</sup> Véase: <http://www.sica.int/comisca/>

salud, que son abordados conjuntamente mediante la “Agenda” y el “Plan Centroamericano de Salud”; la determinación de problemas de salud que debido a su multicausalidad y la trascendencia socioeconómica requieren ser elevados al conocimiento de la Cumbre de Presidentes para la búsqueda de soluciones intersectoriales; el impulso de iniciativas regionales de salud que necesitan de la cooperación internacional gestionadas por medio del SICA; así como, el seguimiento, la ejecución y la evaluación de los acuerdos y las resoluciones emanadas de las Cumbres en las que participen los presidentes de Centroamérica.

El COMISCA cuenta con una Secretaría Ejecutiva con sede en la Ciudad de San Salvador, la cual fue creada en septiembre de 2007 gracias a la firma del Acta de Cooperación entre la Secretaría General de la Integración Centroamericana (SG-SICA) y la Secretaría Ejecutiva del COMISCA (SE-COMISCA).

La Secretaría Ejecutiva del COMISCA (SE-COMISCA) es el órgano rector de coordinación ejecutivo-administrativo que surge con la finalidad de fortalecer y garantizar el adecuado funcionamiento de COMISCA. Se encuentra representada por el secretario ejecutivo que se encarga de la atención al COMISCA, además funge como secretario técnico del RESSCAD y de los consejos directivo y consultivo del INCAP. Esta surge en el marco de la “Reunión Extraordinaria de Ministros de Salud de Centroamérica y República Dominicana”, llevada a cabo en San Salvador, el 10 de Septiembre de 2007.

Como objetivo estratégico general, la Secretaría Ejecutiva del COMISCA busca proteger y mejorar, con equidad, el nivel de salud de la población de la región. Y como objetivos específicos, tiene:

- Posicionar la salud en las agendas de desarrollo de la región al más alto nivel político.
- Articular, coordinar y facilitar la toma de decisiones del COMISCA con otras instancias regionales y extra-regionales para complementarse, evitar duplicidades y llenar vacíos de intervención.
- Aportar mayor valor político-estratégico a las iniciativas regionales de salud que motiven la participación de las máximas autoridades de las instituciones del Sector Salud Regional en el marco de una agenda sanitaria regional.
- Facilitar la movilización de recursos financieros y no financieros.
- Ofrecer a los ministros de salud y a los líderes de las instituciones que conforman el sector Salud Regional, alternativas de inducción organizacional político-estratégica sobre: la temática en salud, los antecedentes de integración de la salud, las experiencias y las lecciones aprendidas, así como estimular procesos de autoaprendizaje.

- Ofrecer a los gobiernos apoyo para la incorporación de prioridades de la agenda sanitaria regional en las agendas nacionales y para la formulación de proyectos orientados a implementarlas.

Las actuaciones y decisiones de los funcionarios de la SE-COMISCA y de sus funcionarios se orientan por los siguientes valores:

- Salud como cultura de vida y objetivo del desarrollo: salud como movilizador de voluntades políticas,
- Efectividad: coordinación, armonización, priorización, integridad y equidad.
- Regionalismo: cultura integracionista, respeto a la pluralidad y reconocimiento de los diferentes niveles de desarrollo de los países de la región.

#### 4. INTEGRACIÓN EN EL CARIBE: LA CARICOM (COMUNIDAD DEL CARIBE)

La Comunidad del Caribe (en inglés, *Caribbean Community* o CARICOM) fue creada el 4 de julio de 1973 con la firma del “Tratado de Chaguaramas”, suscrito originariamente por Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago, con el fin de posicionarse en el escenario internacional y formar un mercado común en la región del Caribe. Actualmente cuenta con quince miembros plenos.<sup>276</sup>

La CARICOM cuenta con el Consejo para el Desarrollo Humano y Social (COHSOD, en sus siglas en inglés) integrado por ministros de gobierno designados por los Estados miembros. Entre las funciones que le atribuye el artículo 12 del “Tratado de Chaguaramas” (revisado) se encuentra la de promover el mejoramiento de la salud que incluye el desarrollo y la organización de un sistema de seguridad social eficiente en la comunidad.

#### 5. NUEVAS INICIATIVAS: UNASUR

El “Tratado Constitutivo de la Unasur” (Unión de Naciones Suramericanas), no en vigor al presente –noviembre de 2010– fue suscrito en Brasilia, el 23 de mayo de 2008, gracias a una negociación que tiene como primer hito fundacional la “Declaración de Cusco” del 8 de diciembre de 2004. Los países firmantes de este documento fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Según reza el artículo 2º del tra-

---

<sup>276</sup> Más información en: <http://www.caricom.org/index.jsp>

tado constitutivo, el objetivo del proceso es “construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unión en lo cultural, social, económico y político entre sus pueblos, otorgando prioridad al diálogo político, las políticas sociales, la educación, la energía, la infraestructura, el financiamiento y el medio ambiente, entre otros, con miras a eliminar la desigualdad socioeconómica, lograr la inclusión social y la participación ciudadana, fortalecer la democracia y reducir las asimetrías en el marco del fortalecimiento de la soberanía e independencia de los Estados”. Y entre sus objetivos específicos, menciona “el acceso universal a la seguridad social y a los servicios de salud” (artículo 3, inc. j).

A tales fines, el Consejo de Salud Suramericano (CSS) se crea por decisión de las jefas y jefes de Estado y de Gobierno de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), reunidos extraordinariamente en San Salvador, Costa de Suippe, Brasil, el 16 de diciembre de 2008, con el propósito de construir un espacio de integración en materia de salud, incorporando los esfuerzos y los logros de otros mecanismos de integración regional, promoviendo políticas comunes y actividades coordinadas entre los países de la Unasur.

A su turno, el Comité Coordinador se establece mediante Acuerdo en la “Constitución del Consejo de Salud Suramericano”, reunido en Santiago de Chile, el 21 de abril de 2009, como una instancia dirigida a impulsar, facilitar y promover el logro de los objetivos del Consejo. Sus atribuciones son: realizar el seguimiento y la evaluación del proceso de avance en integración suramericano en salud, coordinar y dar seguimiento a los grupos técnicos, proponer al CSS la creación y término de los Grupos Técnicos, para el cumplimiento del Plan de Trabajo-Agenda Suramericana de Salud; preparar proyectos de acuerdo y resoluciones que serán sometidas a consideración del CSS, coordinar posiciones en temas centrales de la integración suramericana en salud, elaborar y someter a consideración del CSS la adopción de posiciones comunes o concertadas sobre temas de salud en foros y negociaciones internacionales; proponer procesos innovadores a través de los cuales se alcance la integración suramericana de la salud, yendo más allá de la convergencia de los procesos existentes, aprovechando la experiencia y buscando la complementariedad de esfuerzos; elaborar y ejecutar un plan estratégico de comunicación social, articulando con instituciones académicas, medios de comunicación, organizaciones de la sociedad civil, a los efectos de instalar en la opinión pública la existencia y desempeño de Unasur-Salud, tendientes a facilitar la integración suramericana; analizar y proponer mecanismos a través de los cuales se promuevan los espacios de diálogo que favorezcan la participación ciudadana en los procesos de integración suramericana en salud; coordinar con otros Consejos de Unasur y otras instancias, respuestas articuladas y solidarias ante situaciones de emergencias y catástrofes; establecer mecanismos de coordinación con otras instancias del ámbito social de Unasur en pro de sus objetivos, y en general, ejercer las demás funciones que le delegue el Consejo de Salud Suramericano.



Asimismo, el Consejo de Salud Suramericano cuenta con grupos técnicos y con una Secretaría Técnica con las siguientes funciones: convocar a las reuniones ordinarias y extraordinarias en coordinación con la Presidencia del Consejo y del Comité Coordinador, apoyar las reuniones del Consejo de Salud Suramericano, incluso en lo relativo a la elaboración y traducción de documentos a los idiomas oficiales de la Unasur; actuar como secretario de actas en las reuniones del consejo y del Comité Coordinador, ser depositario de las Actas y demás documentos oficiales, gestionar mecanismos de reuniones virtuales, dar asistencia técnica informática durante las reuniones y la organización de la logística; mantener actualizado el Calendario de Reuniones, elaborar un Boletín del consejo de salud Suramericano cuando corresponda, y disponer de un sitio Web; articular los medios de comunicación a través de un dispositivo de prensa y comunicaciones, garantizar que los documentos e informes sean discutidos en las sesiones de trabajo de los órganos del consejo y que sean circulados con al menos 15 días de anticipación, registrar las acreditaciones de los representantes titulares y alternos, así como las de los asesores invitados por los países miembros a las reuniones ordinarias y extraordinarias del Consejo y Comité Coordinador; y ejercer las demás funciones que le delegue el Consejo de Salud Suramericano.<sup>277</sup>

### III. LA EXPERIENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

La salud es considerada una prioridad para la Unión Europea (UE). Si bien cada miembro de la UE puede optar por las políticas sanitarias más adecuadas a sus circunstancias y a sus tradiciones nacionales, la unión es consciente de la necesidad de preservar valores comunes, como el derecho de todos a una sanidad pública de alto nivel y el acceso equitativo a una asistencia sanitaria de calidad. En efecto, la UE desembolsa anualmente más de 50 millones de euros en actividades encaminadas a mejorar la seguridad sanitaria, a fomentar la salud, a reducir las desigualdades, a ofrecer más información y a impulsar los conocimientos sobre la salud.

Cabe señalar, sin embargo, que el ámbito de la salud es competencia fundamental de los Estados miembros. El cometido de la Unión Europea, de conformidad con los tratados, es emprender acciones complementarias a las de los Estados miembros, aportándoles un valor añadido europeo, concretamente en cuanto a las principales amenazas para la salud pública en cuestiones con repercusiones transfronterizas o internacionales y en las relativas a la libre circulación de bienes, servicios y personas.

---

<sup>277</sup> Más información en: <http://www.unasur-salud.org/>

El "Tratado de Lisboa", en vigor desde el 1° de diciembre de 2009, prevé mejorar las políticas sanitarias. Aunque la organización y la gestión del sistema sanitario sigue siendo competencia de los Estados miembros, el Tratado contempla medidas cuyo objetivo directo es proteger la salud pública, incluidas las relativas al tabaco y al consumo excesivo de alcohol. Para mayor protección del paciente, la UE puede ahora establecer normas aplicables a los productos y dispositivos médicos. Por último, el Tratado ayuda a los Estados miembros a reaccionar en caso de alerta precoz de amenazas transfronterizas graves.<sup>278</sup>

Entre sus acciones comunes más significativas pueden enumerarse:

- La UE tiene normas comunes de seguridad alimentaria, etiquetado de los alimentos, requisitos del material médico, órganos, productos hemoderivados y calidad del aire y del agua.
- La UE financia el fomento de la nutrición equilibrada y el consumo seguro de alcohol; la vida sana y el envejecimiento con salud, la lucha contra el consumo de tabaco y drogas, la prevención de enfermedades como el VIH/Sida y la tuberculosis, y el intercambio de conocimientos en cuestiones como la igualdad de sexos, la salud infantil y las enfermedades poco comunes.
- Las actividades contra el consumo de drogas cuentan con la ayuda del Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías, con sede en Lisboa, que ofrece a la UE y a los Estados miembros información objetiva, fiable y comparable sobre drogas y adicción.
- Cuando existe una amenaza de pandemia, la UE elabora un plan coordinado de respuesta, por ejemplo, en el caso de la gripe aviar. El Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, con sede en Estocolmo, reúne y comparte información sobre las amenazas existentes y las nuevas, y colabora con sus correspondientes nacionales para establecer sistemas de vigilancia y alerta rápida de ámbito europeo. Con un organismo central, la UE puede responder rápidamente a las amenazas y ello puede evitar que un pequeño brote se transforme en una epidemia grave.
- Una estrategia incluida en el "Plan de Acción sobre Medio Ambiente y Salud" de la Comisión Europea está estudiando las relaciones entre los factores ambientales y determinadas enfermedades como el asma, las alergias, las enfermedades respiratorias, el cáncer y los trastornos del neurodesarrollo, como el autismo y los problemas del habla.

---

<sup>278</sup> Cfr. [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/better\\_life/index.es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/better_life/index.es.htm)

- Entre 2007 y 2013, la UE destina a la investigación sanitaria 6.000 millones de euros dentro del “Séptimo Programa Marco de Investigación y Desarrollo Tecnológico”. Se concede especial importancia a la “traslación” de los descubrimientos básicos a las aplicaciones clínicas, el desarrollo y la validación de nuevas terapias; el fomento de la salud y la prevención de las enfermedades, incluido el envejecimiento con salud, los nuevos instrumentos de diagnóstico y tecnologías médicas y unos sistemas sanitarios eficaces y sostenibles. Entre las enfermedades a las que se da prioridad figuran el cáncer y las enfermedades cardiovasculares, las infecciosas, las mentales y las neurológicas, en particular las relacionadas con el envejecimiento.

- La Tarjeta Sanitaria Europea facilita que los turistas y viajantes accedan a la asistencia sanitaria si enferman en otro Estado miembro o incluso en algunos otros países europeos. Además, los ciudadanos de la UE, en determinadas circunstancias, pueden recibir tratamiento en el país de la UE de su elección incluso cuando no están de viaje.<sup>279</sup>

El Libro Blanco “Nuevo planteamiento estratégico de salud pública para la UE (2008-2013)” define una nueva estrategia comunitaria de salud pública hasta 2013 para afrontar los crecientes problemas sanitarios de la población como el envejecimiento, las amenazas transfronterizas para la salud o las enfermedades relacionadas con modos de vida poco saludables. Con esta estrategia se pretende reforzar, en un marco único, la cooperación comunitaria en ámbitos en los cuales los Estados miembros no pueden actuar solos; garantizar una mejor comprensión de la salud pública a escala europea y mundial, y dar más prioridad a la salud en el conjunto de las políticas. A tal efecto, el Libro Blanco propone cuatro principios y tres objetivos estratégicos para los próximos años.

Los principios son:

- Principio N° 1: una estrategia basada en valores sanitarios compartidos,
- Principio N° 2: la salud es el tesoro máspreciado,
- Principio N° 3: la salud en todas las políticas (la iniciativa HIAP, *Health In All Policies*),
- Principio N° 4: reforzar la voz de la UE en el ámbito de la salud a nivel mundial.

Además de estos principios, tres objetivos estratégicos definen la acción comunitaria a favor de la salud para los próximos años:

---

<sup>279</sup> Cfr. [http://europa.eu/pol/health/index\\_es.htm](http://europa.eu/pol/health/index_es.htm)

- Objetivo I: promover la buena salud en una Europa que envejece,
- Objetivo II: proteger a los ciudadanos frente a las amenazas para la salud,
- Objetivo III: fomentar sistemas sanitarios dinámicos y nuevas tecnologías.

Estas estrategias se financiarán a través de los instrumentos del actual marco financiero, que expira en 2013.

#### **IV. PERSPECTIVAS: DIFICULTADES Y DESAFÍOS**

El recorrido trazado a lo largo de este trabajo nos permite advertir que todos los procesos de integración analizados destinan en sus agendas sociales un lugar destacado a las políticas sanitarias con miras a mejorar las condiciones de vida de los habitantes de los Estados partes; objetivo esencial que se encuentra presente en todos los tratados fundacionales.

Sin embargo, los logros concretos alcanzados son dispares. Se advierte una diferencia superlativa entre esquemas como el Mercosur y la UE que se debe, mayormente, a una cuestión de fondo. La institucionalidad de ambos procesos es prácticamente incomparable.

El carácter eminentemente intergubernamental de esquemas como el nuestro conspira contra toda política en materia de salud que aspire a la continuidad. Nos referimos a los avances y retrocesos motivados en las orientaciones cambiantes de los gobiernos de los Estados partes, únicos verdaderamente representados en los órganos con capacidad decisoria y normativa del Mercosur. Por el contrario, una distribución clara de competencias, principios-guía como el de subsidiariedad, el carácter supranacional de gran parte de sus instituciones; la primacía, la aplicabilidad inmediata y el efecto directo del derecho de la Unión marcan una diferencia abismal con respecto a los esquemas de integración en América Latina y el Caribe.

Fundamental importancia en esta materia tienen también las políticas de ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo, sin las cuales cualquier política de salud se tornaría incompleta. Penosamente, poco se ha trabajado al respecto en el Mercosur.

Aunar esfuerzos para obtener una política de salud coherente, clara, consistente y constante es una apuesta al futuro. La Unión Europea lo ha comprendido desde hace tiempo y ha transitado ya un largo camino. Los esquemas de integración latinoamericanos, y en particular el Mercosur, han dado apenas sus primeros pasos, pero el recorrido aún es muy largo. Hacemos votos para que nuestro esquema pueda advertirlo y emprender seriamente la tarea.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO, Carlos A. "Integración regional andina en salud", en *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Sup 2:S267-S272, 2007, ps. 267 a 272.
- ÁLVAREZ, Gonzalo. "Sistema de Integración Centroamericana (SICA). Subsistema de Integración Económica Centroamérica (SIECA)", en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración. Manual*, buenos Aires: Bdef (Euros editores), 2010, pp. 151-168.
- ARBUET -VIGNALI, Heber. *Claves jurídicas de la Integración. En los sistemas del Mercosur y la Unión Europea*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004.
- BARBARÁ GÓMEZ, Pablo. "Una mirada a la Centroamérica actual: retos, desafíos y oportunidades", 2006.
- CIENFUEGOS MATEOS, Manuel. "La recepción y aplicación de los acuerdos internacionales del MERCOSUR", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* N° 3, 2001. Disponible en [www.reei.org](http://www.reei.org)
- CIMADAMORE, Alberto et al. "UNASUR: Objetivos y viabilidad institucional", en *Revista Densidades*, N° 2.
- DE LOS RÍOS, Rebecca. "La integración regional y el rol de la salud", en *Reunión Regional de Consulta: "Integración y Convergencia para la Salud en América Latina y el Caribe"*, Caracas, Venezuela, 22 y 23 de julio de 2010 SP/RRC:ICSALC/Di N° 10-10, Secretaría Permanente del SELA, Caracas, julio de 2010.
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. "El MERCOSUR: una mirada al futuro", en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, N° 18, Diario Jurídico eDial: [www.eldial.com](http://www.eldial.com), Ed. Albremática, fecha de publicación: 31 de marzo de 2006.
- LÓPEZ BRAVO, Alfredo. "La Comunidad del Caribe: CARICOM", en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración. Manual*, Buenos Aires: Bdef (Euros editores), 2010, pp. 169 - 186.
- MANGAS MARTIN, Araceli y Liñan Noguerras, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2005.
- MIDÓN, Mario A. R. *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del Mercosur*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1998.
- MOLINA DEL POZO, Carlos. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Madrid: DIJUSA, 2002.
- MOLLARD, Martín. "La Comunidad Andina de Naciones", en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración. Manual*. Buenos Aires: Bdef (Euros editores), 2010, pp. 109-149.
- NEGRO, Sandra C. "Caracterización y clasificación de los esquemas de integración", en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración. Manual*. Buenos Aires: Bdef (Euros editores), 2010, pp. 33-52.

- RIMOLDI de LADMANN, Eve y otros. *Derecho a la salud y servicios de salud en el orden internacional y regional*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.B.A., 2007.
- NEGRO, Sandra. "Unión Europea", en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración*. Manual. Buenos Aires: Bdef (Euros editores), 2010, pp. 217-261.
- SCHWEIGER, Arturo Luis Francisco y ÁLVAREZ, Daniela Teresita. "Integración regional, necesidades de salud de la población y dotación de recursos humanos en sistemas y servicios de salud: aproximación al concepto de estimación de brecha", en *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Sup 2:S202-S213, 2007, pp. 202-213.
- SCOTTI, Luciana B. "El Derecho de la Integración en el MERCOSUR", en NEGRO, Sandra (dir.). *Derecho de la Integración*. Manual. Buenos Aires: Bdef (Euros editores), 2010, pp. 53-107.

## **PÁGINAS WEB CONSULTADAS**

MERCOSUR:

<http://www.mercosur.int>

COMUNIDAD ANDINA DE NACIONES:

<http://www.comunidadandina.org>

<http://www.orasconhu.org/>

SICA:

<http://www.sica.int/comisca/>

CARICOM:

<http://www.caricom.org/index.jsp>

UNASUR:

<http://www.unasur-salud.org/>

UNIÓN EUROPEA:

[http://europa.eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/index_es.htm)

<http://eur-lex.europa.eu/es/index.htm>

[http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/better\\_life/index\\_es.htm](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/better_life/index_es.htm)

[http://europa.eu/pol/health/index\\_es.htm](http://europa.eu/pol/health/index_es.htm)



## ¿CÓMO PODEMOS DEFINIR LA SALUD? SU CONSTRUCCIÓN EN BASE A LA CULTURA, AL ENTORNO FÍSICO Y SOCIAL

**José Pablo Di Iorio (\*)**

Existe una tendencia generalizada a considerar la salud, en cualquiera de sus definiciones, como un logro cuyas metas están definidas y tienen un valor universal. Por ejemplo, “el lenguaje médico internacional occidental define a una persona sana como aquella que presenta, entre otras características, un nivel de hemoglobina de 1,5 g por 100 ml de sangre”.<sup>280</sup>

A nivel psicológico, se espera también que este hombre llamado sano tenga un sentido del humor occidental, que no tenga aspecto deprimido, etc. Esta definición automáticamente ubica a la mayoría de los pobladores del mundo como enfermos. Así, resulta lógico que esta concepción de salud vaya acompañada de un inmenso esfuerzo por alcanzar los llamados niveles “satisfactorios de salud”, con absoluta independencia del ambiente, el género de vida, la realidad socioeconómica, la etapa histórica de desarrollo, entre otros factores.

En contraposición a este concepto universal de salud, creemos que ella debe definirse en términos de una realidad ecológica: tanto biótica como cultural. Así como el biólogo está acostumbrado a considerar nichos ecológicos y sabe que el éxito de una especie está en íntima relación con su nicho, también el profesional de la salud debe tener un concepto claro del nicho ecológico humano y debe definir el estado de salud satisfactorio en función del total de variables, incluidas las variables culturales, presentes en determinado nicho. Los más optimistas tratarán de “mejorar” el nicho hasta hacerlo semejante al ideal que generalmente aparece en el libro de texto. Desgraciadamente, el nicho ideal no está definido ni es permanente y las posibilidades de cambio son mínimas en la mayoría de los países del mundo. Es decir, “la salud requiere más que una definición biológica: tiene que tener en cuenta todos los factores que intervienen en su determinación y variación (ecología, ambiente, sociedad, cultura, etc.)”.<sup>281</sup>

Por otro lado, el concepto de salud es dinámico e histórico, cambia de acuerdo con la época y más exactamente con las condiciones de vida de las poblaciones y

---

(\*) *Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Becario de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Investigador Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Especialista en Derecho Civil de la Universidad de Salamanca (Salamanca, España). Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*

<sup>280</sup> MONGE Carlos C. “Ecología y Salud”, *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, enero de 1978, p. 38

<sup>281</sup> MONGE Carlos C. “Ecología y Salud”, *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, enero de 1978, p. 38



con las ideas de cada época (relaciones de producción). De aquí que la “idea que la gente tiene de su salud no es siempre la correcta”<sup>282</sup>; ella está siempre limitada por el marco social en que la gente actúa.

Comparar la salud con una sensación de bienestar físico, mental y social complica mucho el problema de evaluación o medida del estado de salud, debido a que “introduce un factor altamente subjetivo, ya que toda frustración podría ser considerada como enfermedad”.<sup>283</sup> Por otro lado, este tipo de definición olvida que la salud es un estado esencialmente variable y la coloca así en el plano de la utopía irrealizable.

En estas circunstancias, ¿cómo definir un estado de salud que pudiera ser alcanzado realmente por toda la población y que pudiera ser mantenido en forma prolongada? ¿Cómo definir ese estado que significaría un grado de salud con el mínimo posible (dentro de nuestros recursos reales) de disturbios físicos, psicológicos y sociales?

En las condiciones actuales (y futuras, según las previsiones de las Naciones Unidas) del mundo, donde coexisten sociedades humanas con muy diferentes condiciones de vida y de ambientes sociales, no parece realista la noción de “salud absoluta” ni de mantenerla como esperanza utópica. Más concreto parece aceptar la noción de una “salud relativa” y variable, es decir, “aceptar niveles de salud que pueden incluir ciertos grados de anormalidad e incluso un cierto porcentaje de enfermedad no percibida”.<sup>284</sup> Esta noción de salud relativa se define en relación a las posibilidades que cada sociedad tiene de apreciar objetivamente el estado de salud de cada individuo y de la población.

Si todo esto es verdadero, ¿cómo podemos entonces definir la salud?

Para el profesor Lambert, subdirector del Laboratorio de Antropología Física de París, “toda definición de la salud debe tener en cuenta la facultad de adaptación humana”.<sup>285</sup> Para nosotros la salud es una noción relativa que reposa sobre criterios objetivos y subjetivos (adaptación biológica, mental y social) y que aparece como un estado de tolerancia y compensación físico, psicológico, mental y social fuera del cual todo otro estado es percibido por el individuo y/o por su grupo como la manifestación de un proceso mórbido.

Esta tolerancia a la que alude la noción de salud relativa puede ser apreciada globalmente a nivel de la población de una manera estadística, pero ella constituye de todas maneras la síntesis que cada uno puede hacer de su estado de salud a través de su percepción, de su personalidad, su educación, sus ingresos económi-

---

<sup>282</sup> SAN MARTÍN, H. *Salud y Enfermedad*. México: La Prensa Médica Mexicana S.A., 1981, p. 7.

<sup>283</sup> GONZÁLEZ ANGULO, Ignacio. “La Salud, la Calidad de Vida y el Cambio”, en *Revistas Hiperactivos*, enero de 2001, p. 1 (<http://www.Hiperactivos.com>).

<sup>284</sup> MONGE CARLOS, C. “Ecología y Salud”, *Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana*, enero de 1978, p. 38.

<sup>285</sup> SÁINZ MARTÍN, María. “La Obesidad Infantil y las Costumbres Familiares” en *Revista médica Dinero y Salud*. Octubre de 2006 p.1 (<http://www.dineroysalud.es>)

cos, su experiencia y el valor que concede a la vida humana. Sin embargo, la ambigüedad esencial que la noción encierra impide actualmente dar una definición absoluta evaluable a través de criterios objetivos.

La OMS, no obstante, adopta un enfoque prospectivo y dinámico, aunque no resulta alcanzable por todas las sociedades: "la salud es un estado de bienestar completo (físico, psíquico y social) y no solamente la simple ausencia de enfermedad o de invalidez".<sup>286</sup> Esta definición presenta un objetivo a obtener y puede, pues, integrarse en la planificación de la salud. Pero el objetivo formulado es difícilmente alcanzable aun para los países más desarrollados; es completamente inalcanzable en los países menos desarrollados donde la mayoría de la población vive en condiciones ambientales infrasanitarias y donde, lógicamente, el bienestar debe ser más raro.

Esta definición, que ha sido ampliamente criticada por considerarse algo utópica y demasiado medicalizada, abarca el desarrollo integral del individuo como persona aunque también se puede tener salud sin estar en el estado de completo bienestar físico, mental y social. La salud, por tanto, puede ser considerada como un bien no solo a preservar o recuperar, sino también un bien susceptible de ser disfrutado y aumentado. Esta concepción de la salud es dinámica, cambiante de acuerdo con las condiciones de vida y las ideas de cada sociedad y cada cultura, y supone, más que un estado o situación, una forma de vida, una forma de estar en la vida. De hecho, el "X Congreso de Médicos y Biólogos de Lengua Catalana" que tuvo lugar en Perpiñán en 1976, definió la salud de una manera más global: "Salud es aquella manera de vivir autónoma (es decir, con libertad de escoger y, por tanto, de estar informado y con sentido crítico), solidaria (o sea, colaborando con los demás) y alegre que se da cuando se va asumiendo la propia realización".<sup>287</sup> La salud es, por tanto, definitoria de la felicidad personal y colectiva, del bienestar en general, y, por lo tanto, no se trata de un fin en sí mismo sino de una condición necesaria para una vida plena, autónoma, solidaria y humanamente feliz.

Pero yendo un poco más lejos en la determinación de la salud como estado, habría que decir también que el estado de salud de un individuo es la salud de dicha persona en un momento dado, y en esto, las creencias (culturales o religiosas), los modos de percibirse a sí mismo y a la realidad (autoconcepto) y, cómo no, una serie de variables o factores múltiples (estructura genética, raza, edad, sexo, relación mente-cuerpo, estilo de vida, ambiente físico, situación geográfica, etc.) pueden afectar, en mayor o menor grado, al estado interno o externo de salud de un determinado individuo.

---

<sup>286</sup> *Cuaderno de trabajo y selección de texto, "Salud Pública 1, Primera Unidad, Fundamentos de la Salud Pública". Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Medicina, Departamento de Salud Pública, 2009-2010, p. 41*

<sup>287</sup> PIÉDROLA GIL, Gregorio. "El concepto de Salud" en *Word Press*, 2009, p. 5 (<http://pochicasta.wordpress.com>)

Asimismo, la salud podrá definirse por una escala de gradación de mayor a menor o de más a menos. Se podrá tener una salud máxima u óptima, así como una salud mínima o pésima. Y ambas, como anteriormente señalábamos, pueden ser contempladas desde una óptica objetiva y otra subjetiva.

Estos factores determinantes del estado de salud y del bienestar de las personas –biológicos (factores físicos y psíquicos, genéticos, endocrinos y de edad), estilo y hábitos de vida (nutrición, sedentarismo, comunicación, valores, creencias, roles, costumbres), entorno (clima, migraciones, natalidad-mortalidad, vivienda, calidad del aire y del agua, sistema educativo, religión, empleo y desempleo, ingresos económicos) y servicios sanitarios (cantidad y calidad de centros de salud, profesionales sanitarios, camas/habitantes, hospitales, servicios sociales)– configuran, de alguna manera, todo el entramado del concepto salud. La suma positiva de estos factores da lugar a lo que comúnmente se conoce como salud integral (holistic health).

Según esta concepción, la salud es fruto del equilibrio dinámico resultante del potencial genético del individuo, del conocimiento y la capacidad de adaptación del individuo y de la calidad del ambiente en el que vive. El estilo de vida que adoptan las personas y las condiciones del entorno condicionan su salud.

Así pues, desde un enfoque integrador y convergente, podemos decir que la salud es uno de los mayores bienes del ser humano y que se inscribe en todas las dimensiones de su existencia. Por eso se puede hablar de “salud física, salud emocional, salud mental, salud social, salud religiosa, salud laboral, salud económica, salud ecológica, etc”.<sup>288</sup>

Este criterio incluye una perspectiva evolutiva (la salud como resultado final de un proceso vital donde participa lo biológico que se deriva en etapas) y la perspectiva ecológica (la salud como resultado de la interacción del individuo con su contexto de sistemas socioculturales). Desde esta concepción, la salud no se define en el individuo *per se*, sino en cualquier caso, por referencia obligada al entorno total. La salud –afirma González Rey– “es un complejo proceso cualitativo que define el funcionamiento completo del organismo, integrándose de forma sistemática lo somático y lo psíquico, formando una unidad donde la afectación de uno actúa necesariamente sobre el otro”.<sup>289</sup> Y agrega: “Pienso que el concepto de salud debe considerarse más como proceso que como producto”.

Con una idea semejante, Dubos (en Herremann, 1987) opinaba que la salud implica la interacción y a la vez la integración del medio interno con el medio externo. Por un lado, el organismo cuyas células, fluidos y estructuras tegumentarias están relacionadas entre sí mediante una compleja red de mecanismos de equilibrio, y por el otro, el medio externo que está sujeto a cambios que acontecen en

---

<sup>288</sup> PIÉDROLA GIL, Gregorio. “El concepto de Salud”, en *Word Press*, 2009, p. 6 (<http://pochicasta.wordpress.com>)

<sup>289</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, Raúl Ernesto. “Notas sobre la noción de Salud y la Reflexión Cultural de la Psicología”, en *Athenea*, n. 9, primavera de 2006, p.1

ocasiones de manera impredecible; muchos de estos cambios que ocurren en el ambiente externo pueden causar efectos dañinos en el hombre, por lo que en el organismo se generan cambios adaptativos para funcionar de manera eficiente y conservar la vida. Cualquier factor que rompa el equilibrio entre estos dos sistemas ecológicos puede ser causa de enfermedad.

A partir de estas premisas actualmente se tiende a ampliar el concepto de salud intentando profundizar en los aspectos eminentemente sociales y ecológicos implicados en ausencia o no de bienestar en la vida del ser humano, siempre a partir del hombre como producto de un medio que a su vez es producto del hombre.<sup>290</sup>

Desde este punto de vista, la vida humana se concibe como una consecuencia del equilibrio con el ambiente; o sea, como una interacción continua entre el organismo humano y el medio exterior que lo rodea.

Salud sería entonces el proceso de equilibrio inestable e integral de personas y medio ambiente, condicionado por factores intersectoriales e históricos, biológicos, culturales, individuales y colectivos; reconocida además como derecho inalienable de toda persona.<sup>291</sup>

Desde esta perspectiva, la salud es un concepto que requiere la potenciación del individuo para desarrollarse y para influir positivamente en su entorno. El concepto de potenciación (dar poder) se refiere a la "capacidad de la gente para tomar decisiones que afectan a sus vidas y a los determinantes ambientales de la salud así como asegurar su adaptación continua a las nuevas y cambiantes exigencias del entorno".<sup>292</sup>

Así pues, tenemos que entender el concepto de salud de manera amplia e integral y, además, como el "equilibrio y la adaptación del individuo para mantener la armonía consigo mismo, con los demás y con el medio ambiente en el que vive"<sup>293</sup>; como una manera de vivir que suponga el desarrollo de la potencialidad humana, que permita el goce pleno y armonioso de sus facultades para disfrutar un bienestar individual y para participar en el progreso común.

Sin embargo, la adaptación necesita de un proceso dinámico en el medio que nos rodea (natural y social, económico y cultural), "condicionado por variados y múltiples factores que influyen en el estado de salud".<sup>294</sup> Los diversos factores o determinantes que condicionan el nivel de salud de las personas (que nunca se

<sup>290</sup> HENRIQUES, Ruth Daisy. "La Salud del Hombre como un problema Social", publicación digital de la Universidad de la Habana: <http://www.uh.cu>, La Habana, 1995, p. 3

<sup>291</sup> HENRIQUES, Ruth Daisy. "La Salud del Hombre como un problema Social", publicación digital de la Universidad de la Habana: <http://www.uh.cu>, La Habana, 1995, p. 4

<sup>292</sup> FERNÁNDEZ MONTERDE, Pablo; GALLEGO GONZÁLEZ, Vanesa. "Espacios, Ámbitos y Áreas de actuación de la Pedagogía Social: Educación para la Salud", publicación digital de la Universidad de Sevilla, España, 2004, p.2

<sup>293</sup> PACHECO BORRELLA, Germán. "Sobre el concepto de Salud y su Evolución" en *Medwave*. Año 3, n. 8, Edición Septiembre de 2003, p. 3

<sup>294</sup> GAVIRIA M, Alba Emilce. "La Salud como Producto Social", publicación digital de la Universidad de Antioquia, Colombia, Julio de 2009, p.1

deben considerar aisladamente, sino en constante interacción), según Lalonde, son los siguientes:

- La biología humana: genética, envejecimiento.
- El medio ambiente: los factores físicos, químicos, biológicos, psicosociales y socioculturales.
- El estilo de vida: conductas de salud.
- Y el sistema asistencial sanitario.

Todas estas variables –las biológicas en menor medida– pueden ser modificables por acciones conjuntas de los pueblos: comunidad, grupos. Hay que resaltar que son los factores sociales los que predominan en nuestro tiempo histórico en la configuración de la salud de la población. De tal manera que la salud de la población depende, en parte, de la forma en que las acciones políticas condicionan el medio y crean aquellas circunstancias que favorecen la confianza en sí, la autonomía y la dignidad para todos.

¿Pero es solo eso la salud? ¿Y qué pasa con los aspectos culturales y regionales? ¿No forman parte de la noción de salud?

Por otro lado, el concepto de salud está muy ligado a lo que la sociedad humana entiende como “valores instrumentales de los ecosistemas”.<sup>295</sup> Hay que tener en cuenta que como resultado de las interacciones de procesos físicos, químicos y biológicos, los sistemas ecológicos realizan una serie de funciones concretas. Estas, en un sentido amplio, pueden dividirse en geomorfológicas, hidrológicas, biogeoquímicas y ecológicas. Por ejemplo, un ecosistema de tipo humedal realiza funciones geomorfológicas como la retención de sedimentos; funciones hidrológicas como la recarga/descarga de acuíferos o la modulación de los *peaks* de crecida en las redes de drenaje; funciones biogeoquímicas como la transformación de nutrientes y funciones ecológicas como el soporte de redes tróficas o el mantenimiento del hábitat de diferentes especies de organismos.

En este sentido, el ambiente y la cultura de la salud se interesan y se implican en todas aquellas acciones que procuren mejorar las condiciones biológicas, psíquicas y sociales de una población o una sociedad.

La afirmación de que la medicina es parte de la cultura y de los aspectos regionales –y en consecuencia, las categorías de salud/enfermedad–, no es nueva, pero sí olvidada. Por ello, insistimos en la necesidad de que el médico la tenga presente, especialmente en contextos interculturales.

En este sentido, algunos países del tercer mundo –especialmente los africanos– han propuesto la llamada “definición estratégica de la salud” que estipula que el mejor estado de salud de la población de un país corresponde al mejor “estado

---

<sup>295</sup> MARDONES RIVERA, Gonzalo. “La Dinámica del Medio Natural Aproximación Ecosistémica al Medio Natura”, publicación digital de la Universidad de los Lagos, Chile, septiembre de 2000, p. 2.

de equilibrio entre los riesgos que afectan la salud de cada individuo y de la población y los medios existentes en la colectividad para controlar estos riesgos, teniendo en cuenta la cooperación activa de la población".<sup>296</sup> Esta es una definición operacional que se acerca más a la realidad de cada país o región.

Un caso muy interesante al respecto es el que comenta Aguirre Beltrán: en 1948 la Universidad de Colorado contrató los servicios de Lyle Saunders para estudiar las prácticas inherentes a la situación intercultural de la población mexicana-norteamericana, en sujetos de asistencia médica radicados en Arcadia, Denver. Después de los minuciosos estudios realizados, contenidos en su obra *Cultural difference and Medical Care*, Saunders llega a las siguientes conclusiones. Primero, postula que la práctica de la medicina es una actividad social, dándole así base experimental a las aseveraciones de Neumann y Virchow quienes, cien años atrás (1847), estipulaban la naturaleza eminentemente social de la medicina; la segunda, pone atención en la necesidad de enfatizar el hecho de que la medicina es parte de la cultura y la define como un "vasto complejo de conocimientos, creencias, técnicas, roles, normas, valores, ideologías, actitudes, costumbres rituales y símbolos que interconectados, forman un sistema cuyos elementos constitutivos mutuamente se refuerzan y soportan".<sup>297</sup>

En consecuencia, la "cultura de la salud debe ser una construcción colectiva dirigida hacia la comprensión de todo lo que se encierra tras el bienestar y el malestar del cuerpo"<sup>298</sup>; una cultura que no se deriva necesariamente de que dicha sociedad disponga de una amplia, bien dotada y accesible cobertura de asistencia sanitaria, sino que, por el contrario, el buen uso de dicha asistencia, cuando es universal, para que sea sostenible depende de que la sociedad haya asumido, individual y colectivamente, la cultura de la salud.

Todo proyecto que tenga como principal objetivo estimular el desarrollo de una cultura de la salud, desde la asunción de la caducidad del cuerpo, debe poner el acento en hacer todo lo posible por minimizar su ineludible deterioro biológico y por disminuir su vulnerabilidad (la que abre el camino a la enfermedad y al deterioro patológico); todo ello mediante acciones de prevención -que se encuadran dentro de la llamada "medicina preventiva o prospectiva"-, antes de que sea necesario recurrir a acciones cuyo objetivo ha de ser ya la curación o, en su defecto, la paliación del sufrimiento.

Pero en el ámbito de la creciente preocupación por la sostenibilidad de los sistemas de salud del mundo occidental, en los que predomina la cultura de la enfermedad sobre la cultura de la salud, han surgido en los últimos años dos al-

---

<sup>296</sup> LARAY MATEOS, Rosa María. "Medicina y Cultura: hacia una formación Integral del Profesional de la Salud", México: Plaza y Valdez, Enero de 1994, p. 222.

<sup>297</sup> LARAY MATEOS, Rosa María. "Medicina y Cultura: hacia una formación Integral del Profesional de la Salud", México: Plaza y Valdez, Enero de 1994, p. 222.

<sup>298</sup> PERA, Cristóbal. "La Cultura de la Salud: Un reto del Siglo XXI" en FEM: Fundación el Molino. Barcelona, Febrero de 2010, p. 5 (<http://www.fundacioelmolino.org>)

ternativas a las que quisiera referirme brevemente. Una que propone un amplio programa de alfabetización sobre la salud y, otra, que postula el predominio de la medicina prospectiva sobre la medicina reactiva. Intentaremos demostrar que ambas alternativas pueden integrarse, conceptual y prácticamente, en la cultura de la salud.

Veamos cuáles son los fundamentos teóricos y prácticos de la primera alternativa. En el pasado mes de diciembre, la revista médica *The Lancet*, publicó un breve editorial bajo el título “The health illiteracy problem in USA”, que podría traducirse libremente como “El problema de la ignorancia que sobre la salud existe en los EE.UU.”<sup>299</sup> El texto del editorial es una reflexión acerca de esta ignorancia, calificada como una epidemia silenciosa, que afecta a casi la mitad de los adultos norteamericanos, y apuesta a un programa de alfabetización sobre la salud.<sup>300</sup>

El analfabetismo en la salud, se define en ese editorial como “la incapacidad de una persona para comprender y utilizar la información médica, oral o escrita, una incapacidad que llega a afectar a su posibilidad de acceder y utilizar los sistemas de salud”.

Desde un punto de vista positivo, en el Informe de un grupo de expertos canadienses titulado “*Vision d’une culture de la santé au Canada*”, se define la alfabetización en salud (*littératie en santé*), como “la capacidad de encontrar, comprender, evaluar y comunicar la información para promover, mantener y mejorar su salud en diversos entornos, a lo largo de su vida”. ¿Qué diferencias conceptuales existen, como programas sociales educativos, entre la alfabetización en la salud (*Health literacy o littératie en santé*) y la cultura de la salud (*Health culture o culture de la santé*)?

En lo que se refiere a la alfabetización o la educación para la salud, esta implica conceptualmente haber sido educado a un nivel suficiente como para entender la información sobre la salud –lo que no es poco– y para comunicarse con aquellos servicios que cuidan la salud, mientras que la cultura de la salud es un concepto más amplio, en el que cabe incluir a la educación para la salud, como un paso previo.

La razón es que la cultura de la salud tiene como objetivo programático no solo entender la información sobre la salud, sino asumirla y aplicarla como un reto personal y colectivo mediante programas didácticos que transmitan a los ciudadanos una visión más amplia, comprensiva y realista de lo que la salud sea, así como la importancia no solo de su promoción sino “también de la prevención de la enfermedad, para lograr vivir con el mayor bienestar posible a lo largo de las

---

<sup>299</sup> PERA, Cristóbal. “La Cultura de la Salud: Un reto del Siglo XXI” en FEM: Fundación el Molino. Barcelona, Febrero de 2010, p. 5 (<http://www.fundacioelmolino.org>)

<sup>300</sup> PERA, Cristóbal. “En vísperas de la reforma Obama, preocupa en los EEUU la ignorancia sobre la salud (“health illiteracy”) de muchos de sus ciudadanos”, publicación digital del Blog de Cristóbal Pera Profesor en Merito de la Universidad de Barcelona, Enero de 2010, p. 2 (<http://blog-cristobal-pera.noscuidamos.com>)

edades de la vida, una tarea urgente en un siglo en el que dominará el envejecimiento global, con el reto de que este aumento de la esperanza de vida, de estos años añadidos a la vida, sean vividos con la mayor calidad de vida posible”.<sup>301</sup>

La segunda propuesta alternativa (de la que se ha ocupado un comentario publicado en *The Journal of the American Medical Association*, del pasado mes de enero) se titula “Cuidado prospectivo de la salud” (“*Prospective Health Care*”). Una estrategia que combina el cuidado personalizado de los ciudadanos aparentemente sanos, orientado a la promoción de su salud y a la prevención de la enfermedad, con un seguimiento continuado que permita intervenir, lo más pronto posible, cuando la enfermedad aparezca. La reflexión de los autores norteamericanos, que se vienen ocupando desde hace algunos años del análisis conceptual de la práctica médica, ha sido propiciada por el largo, abierto y políticamente difícil debate sobre el modelo de reforma sanitaria propuesto por el presidente Obama.

La lectura de sus argumentos nos hace ver que la medicina prospectiva, cuya pretensión es evitar o minimizar futuros acontecimientos poco favorables para la salud de una persona, es asimilable, en principio, a la cultura de la salud, entendida esta como un programa de educación personal y colectivo cuyo objetivo fundamental es, precisamente, la promoción de la salud y la prevención de la enfermedad. Por el contrario, la medicina reactiva –que interviene básicamente cuando la enfermedad ya ha iniciado o parece iniciar su desarrollo–, se corresponde con lo que se ha dado en llamar críticamente la cultura de la enfermedad. La insuficiencia de la medicina reactiva estriba en que es un modelo diseñado para tratar enfermedades, pero no para promocionar la salud, prevenir la enfermedad y tratar las enfermedades crónicas, que es lo que se pretende con la medicina prospectiva.

La cultura de la salud, como proyecto educativo dentro una sociedad concreta, es un proceso en gran parte independiente de la asistencia sanitaria disponible, que debe desarrollarse desde la salud pública, pero con contribuciones privadas, y de manera independiente del sistema de asistencia sanitaria, aunque en estrecha coordinación. Un proyecto que debe transmitirse utilizando al máximo las modernas tecnologías de la comunicación, mediante palabras claves y breves discursos en los que domine la capacidad de persuasión para que sean asumidas como retos personales dentro de la sociedad.

En síntesis, para que este cambio de mentalidad respecto a la salud sea posible en una sociedad concreta, es necesario que todas las disciplinas en las que se dividen y subdividen los conocimientos humanos, y todas las prácticas –sean oficios o profesiones– mediante las cuales se aplican estos conocimientos, se integren en la cultura de la salud, en cuanto que todas ellas pueden afectar, real o potencialmente, con beneficio o daño, al bienestar físico, mental y social de los ciudadanos.

---

<sup>301</sup> PERA, Cristóbal. “La Cultura de la Salud: un reto del Siglo XXI” en FEM: Fundación el Molino. Barcelona, Febrero de 2010, p. 6 (<http://www.fundacioelmolino.org>)



En consecuencia, todos deben ser convocados, individual y colectivamente al cuidado del cuerpo, para promover su salud, evitar, en lo posible, la enfermedad, y vivir la vida de la manera más saludable posible.

Al fin y al cabo, como nos recuerda el filósofo Hans-Georg Gadamer en el prefacio de su libro *El Enigma de la Salud*, "el cuidado de nuestra propia salud es una manifestación original de la existencia humana".<sup>302</sup>

En este sentido y como conclusión, la medicina no puede continuar centrando la atención en órganos enfermos y desconocer así la totalidad de la persona a quien pertenece ese órgano. Tampoco puede centrar la atención en un individuo y desconocer el ambiente físico y social en el cual está inmerso. El "enfoque de la medicina individual tiene que ampliar su espectro y abarcar también a las familias y las comunidades a las que pertenecen esas personas; pero no solo cuando se enferman, sino actuar para que no lo hagan".<sup>303</sup> No son pocos los teóricos en el campo de las ciencias de la salud que han hecho importantes contribuciones al esclarecimiento conceptual de la necesidad imperiosa de cambiar el ya obsoleto paradigma biomédico por el nuevo paradigma sociobiológico, mucho más acorde con las evidencias científicas alcanzadas en este campo.

El comienzo del milenio enfrenta a la humanidad a un incremento extraordinario de los avances científicos y tecnológicos; pero, paralelamente, en el campo de la medicina se ha apreciado una creciente deshumanización. El médico, gracias a la compleja tecnología que lo separa del paciente, "ha alcanzado nuevamente un gran poder sobre este, unas veces adoptando posturas autoritarias y otras paternalistas; pero siempre desde la posición del que todo lo sabe y todo lo puede".<sup>304</sup> En este sentido, algunos pretenden privatizar las diferentes dimensiones de la salud y sus implicaciones culturales, éticas y hasta jurídicas.

Dicha actitud contrasta con la realidad actual en la que se ha evidenciado que el proceso salud-enfermedad es un problema no solo médico, que las comunidades y las personas son sujetos y como tales tienen derechos y deberes que ejercer, tienen opiniones y sentimientos y tienen capacidad para elegir y tomar decisiones. Las políticas de salud solo pueden ser exitosas cuando cuentan con la participación popular y para ello las personas y las poblaciones tienen que estar educadas en problemas de salud. El concepto de salud responde también a ese marco sociocultural en el cual está inmerso el hombre y la comunidad a la que pertenece, de modo que tiene también el derecho de opinar y participar en la decisión.

---

<sup>302</sup> PERA, Cristóbal. "La Cultura de la Salud: un reto del Siglo XXI" en FEM: Fundación el Molino. Barcelona, Febrero de 2010, p. 6 (<http://www.fundacioelmolino.org>).

<sup>303</sup> GUERRERO, Luis; LEÓN, Aníbal. "Aproximación al concepto de salud. Revisión histórica" en *Revista Vzlana. de Soc. y Ant.*, Vol 18, n. 53, Mérida, diciembre de 2008, p. 2.

<sup>304</sup> AMARO CANO, María del Carmen. "Consideraciones Histórico-Culturales y Éticas acerca de la Muerte del Ser Humano", publicación digital de la Biblioteca Virtual en Salud de Cuba, Octubre de 2003, p.3.

Aceptar la diversidad no implica solamente el respeto a las ideas y a las opiniones, sino también la “variabilidad biológica que involucra una adaptación psicosocial, donde la salud es relativa”.<sup>305</sup> La relatividad del concepto “salud” llama a reflexionar sobre lo extemporáneo que resulta seguir aferrados al concepto biologicista que enmarca la praxis médica en un modelo mecánico.

En resumen, no parece hoy posible definir la salud en términos absolutos y solo objetivos; tampoco pensar que ella es la simple ausencia de enfermedad. La salud engloba aspectos subjetivos (bienestar mental y social, alegría de vivir), aspectos objetivos (capacidad para la función) y aspectos sociales (adaptación y trabajo socialmente productivo).

De todas estas definiciones resulta claro que el problema de la salud y de la enfermedad no es solo privativo del médico clínico, ya que siempre está relacionado con el ambiente de vida de la población y del individuo, con su cultura y su educación, con los comportamientos sociales y con el nivel de desarrollo social.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alba Emilce Gaviria M, “La Salud como Producto Social”, publicación digital de la Universidad de Antioquia, Colombia, Julio de 2009
- Amaro Cano María del Carmen, “Consideraciones Histórico-Culturales y Éticas acerca de la Muerte del Ser Humano”, publicación digital de la Biblioteca Virtual en Salud de Cuba, Octubre de 2003
- Cuaderno de trabajo y selección de texto, “Salud Publica 1, Primera Unidad, Fundamentos de la Salud Publica”, Universidad Nacional Autónoma de México Facultad de Medicina, Departamento de Salud Publica, 2009-2010
- Fernández Monterde Pablo - Gallego González, Vanesa, “Espacios, Ámbitos y Áreas de actuación de la Pedagogía Social: Educación para la Salud”, publicación digital de la Universidad de Sevilla, España, 2004
- García Rodríguez Raúl Ernesto, “Notas sobre la noción de Salud y la Reflexión Cultural de la Psicología”, publicación de la Revista digital Athenea, N° 9, Primera de 2006
- González Angulo Ignacio, “La Salud, la Calidad de Vida y el Cambio”, publicación digital de la Revistas Hiperactivos: <http://www.Hiperactivos.com>, Enero de 2001
- Gonzalo Mardones Rivera, “La Dinámica del Medio Natural Aproximación ecosistémica al medio natural”, publicación digital de la Universidad de los Lagos, Chile, septiembre de 2000

---

<sup>305</sup> GUERRERO, Luis; LEÓN Aníbal. “Aproximación al concepto de salud. Revisión histórica” en *Revista Vzlana. de Soc. y Ant.*, Vol 18, n. 53, Mérida, diciembre de 2008, p. 3.

- Guerrero Luis – León Aníbal, “Aproximación al concepto de salud. Revisión histórica” publicación digital de la Revista Vzlaná. de Soc. y Ant. Vol 18, N° 53, Mérida, diciembre de 2008
- Lara y Mateos Rosa María, “Medicina y Cultura: hacia una formación Integral del Profesional de la Salud”, Editorial: Plaza y Valdez, México, Enero de 1994
- Monge Carlos C., “Ecología y Salud”, Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana, Enero de 1978
- Pacheco Borrella Germán, “Sobre el concepto de Salud y su Evolución”, publicación digital de la Revista Medwave. Año 3, No. 8, Edición Septiembre de 2003
- Pera Cristóbal, “En vísperas de la reforma Obama, preocupa en los EEUU la ignorancia sobre la salud (“health illiteracy”) de muchos de sus ciudadanos”, publicación digital del Blog de Cristóbal Pera Profesor en Merito de la Universidad de Barcelona, <http://blog-cristobal-pera.noscuidamos.com>, Enero de 2010
- Pera Cristóbal, “La Cultura de la Salud: Un reto del Siglo XXI”, publicación digital de FEM: Fundación el Molino, <http://www.fundacioelmolino.org>, Barcelona, Febrero de 2010
- Piédrola Gil Gregorio, “El concepto de Salud”, publicación digital de la Revista Word Press: <http://pochicasta.wordpress.com>, 2009
- Ruth Daisy Henriques “La Salud del Hombre como un problema Social”, publicación digital de la Universidad de la Habana: <http://www.uh.cu>, La Habana, 1995
- Sáinz Martín María, Ponencia: “La Obesidad Infantil y las Costumbres Familiares”, publicación digital de la Revista medica Dinero y Salud: <http://www.dineroysalud.es>, Octubre de 2006
- San Martín H. “Salud y Enfermedad”, Editorial: La prensa Medica Mexicana S.A., México, 1981

## CERTIFICACIONES AMBIENTALES Y SU APLICACIÓN EN LA SALUD

**Ricardo Emilio Franceschelli (\*)**

**Nieves Di Iorio (\*\*)**

### I. INTRODUCCIÓN

Hay una primera correlación entre salud y medio ambiente que hoy aceptamos sin mayores discrepancias. Cuanto más “saludable” sea el medio ambiente más “salud” tendrán los seres vivos que se encuentren inmersos en él.

Luego, una segunda correlación con trasfondo ético nos lleva a pensar que toda institución de salud debe liderar el ejercicio de prácticas sin daños a la comunidad y al medio ambiente.

Suelen reconocerse cuatro factores que impulsan de la configuración de un Sistema de Gestión Ambiental (SGA) en una organización: el ético, el legislativo, el económico y el social.

Nos referimos a la ética en la conducción cuando existe en ella una visión responsable de los eventuales perjuicios que se pueden generar con su actividad y la necesidad de hacer uso racional de los recursos naturales que maneja en sus procesos. Esta fortaleza, que identifica al quehacer de la salud desde sus orígenes favorece la formación de líderes en el compromiso para implementar un SGA.

La legislación ambiental, en clara expansión, converge progresivamente exponiendo a las organizaciones ante responsabilidades penales, civiles y administrativas. El factor económico responde a los criterios clásicos de ahorro ya que es de fácil comprensión que el uso desaprensivo de la energía y de los recursos naturales en general repercute en la rentabilidad.

El factor social es quizás el más sensible, dado que puede afectar en forma total o parcial a la comunidad hospitalaria compuesta por pacientes, empleados,

---

(\*) *Ingeniero por el ITBA y por la Facultad de Ingeniería de la Universidad de Mar del Plata. Especialista en Seguridad e Higiene en el Trabajo por la U.B.A. Gerente de Ingeniería en diversas organizaciones hospitalarias. Responsable técnico de la implementación del primer Sistema de Gestión Ambiental certificado internacionalmente para un Hospital privado de alta complejidad. Presidente de la Asociación Argentina de Arquitectura e Ingeniería Hospitalaria. Socio Gerente de la consultora EGS (Equipo de Gestión Sustentable) dedicada exclusivamente a consultoría en el sector Salud.*

(\*\*) *Licenciada en Ciencias Ambientales. Corresponsable de la implementación del primer sistema de gestión ambiental certificado internacionalmente en Argentina para un Hospital privado de alta complejidad en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Socio gerente de la consultora de Salud EGS (Equipo de Gestión Sustentable). Expositora frecuente en Seminarios, Jornadas y Talleres vinculados a la temática medioambiental en Centros de Salud.*

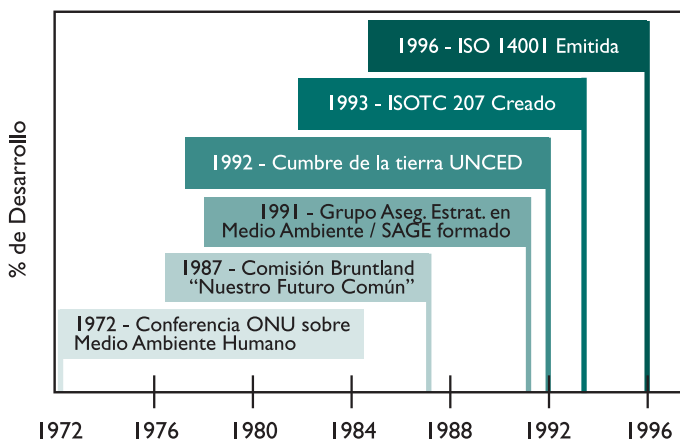
profesionales, proveedores, vecinos, etc. Si el daño es significativo deteriora la imagen institucional.

Es en este factor social donde se generó en los últimos años un avance adicional impensado desde el marco normativo, y que en cierta medida justifica su tratamiento por separado ya que aborda el origen documental de la temática conocida como “Responsabilidad Social” (RS). En este sentido se refuerzan los conceptos de Balance Social y Balance Ambiental como el contexto válido para interpretar el conocido Balance Económico.

Cabe mencionar que en septiembre de 2004 se estableció dentro de la ISO (Organización Internacional de Normalización) un grupo de trabajo para desarrollar una norma internacional que fuera una guía para la Responsabilidad Social. En su definición se intentó realizar un documento guía que fuera entendible y utilizable por “no especialistas”, y no un documento de especificación previsto para certificación de terceras partes. La iniciativa nació para agregar valor a los acuerdos intergubernamentales existentes con relevancia en la temática, como lo son la “Declaración Universal de Derechos Humanos” y las aplicables emanadas por la “Organización Internacional del Trabajo” (OIT). Se pretende que esta norma, publicada seis años más tarde (en noviembre de 2010), sea aplicable a todo tipo de organización, independientemente de su tamaño y en países en cualquier etapa de desarrollo. Esta norma recientemente difundida y designada como “ISO 26000” se estructuró con seis categorías de participantes en el equipo de trabajo (industria, gobierno, trabajadores, consumidores, organizaciones no gubernamentales y otros) y sobre la base de un adecuado balance por género y heterogeneidad en su origen geográfico.

A continuación veremos el desarrollo acontecido para llegar a la primera versión de norma ISO ambiental, la “ISO 14.001:1996”.

Desarrollo de las normas ISO 14.001



Fuente: [www.tuv.com](http://www.tuv.com)

## II. EL HOSPITAL: PROMOTOR DE SUSTENTABILIDAD SOCIAL Y AMBIENTAL

El verdadero desafío del desarrollo económico de las organizaciones no está relacionado con la rapidez con la que la misma crece, sino más bien con el nivel de bienestar que su comunidad obtiene gracias a dicho crecimiento. En esta actitud permanente de búsqueda del bien público no se trabaja sobre promedios sino que se lo hace sobre el respeto de accesibilidad a los mismos por parte de cada individualidad, en particular de aquellos grupos más vulnerables.

Obtener “indicadores económicos satisfactorios” sin respetar el medio ambiente y/o los derechos humanos es inducir a una espiral de violencia muy difícil de neutralizar. Ambos aspectos demandan una actitud que propicie la sustentabilidad. Es decir, el desarrollo humano sostenible es el desarrollo que no solo suscita un crecimiento económico sino que también distribuye equitativamente sus beneficios; que regenera el medio ambiente en lugar de destruirlo, que fomenta la autonomía de las personas en lugar de marginarlas. Es un desarrollo que otorga prioridades a los más marginados de la comunidad, que amplía sus opciones y oportunidades y que prevé su participación en las decisiones que afectan sus vidas.

Cuando no se adopta una actitud “sustentable” con los afectos, colaboradores y el prójimo en general se induce una tensión y un nivel de conflicto que deviene finalmente en violencia (respuesta a la opresión, victimización, vejación, abuso de poder, etc.).

Lo mismo sucede con el maltrato al medio ambiente al haber convertido nuestro “mundo hogar” en un “mundo lugar” sin respetar el desarrollo duradero (sustentable) que se corresponde con la lícita necesidad de satisfacer nuestras necesidades, pero sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Las guerras para hacer acopio de recursos no renovables (petróleo) son el ejemplo más tangible de la violencia. Los recursos materiales y humanos que arrastra la “sustentabilidad de la violencia” superan con creces los necesarios para lograr en tiempo récord energías alternativas sustentables y una mayor accesibilidad de las comunidades a la vigencia plena de los derechos humanos.

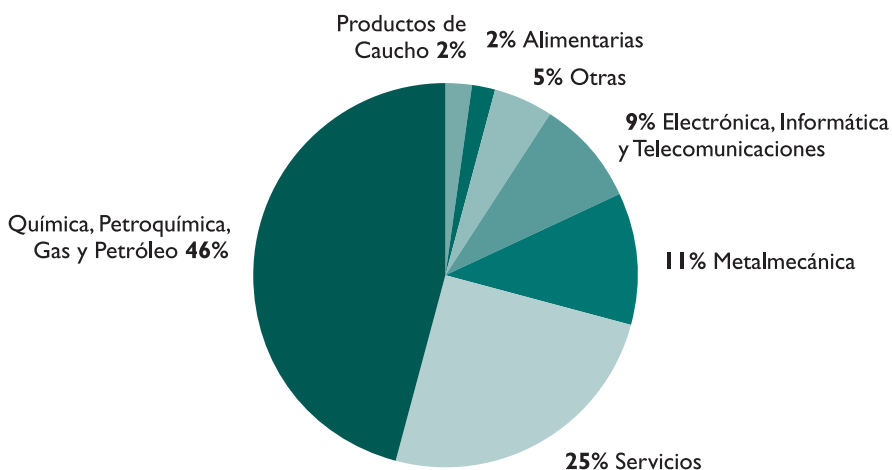
Como señala el sociólogo Zygmunt Bauman la única moral que tenemos en estos tiempos es una moral de proximidad (obligaciones para un entorno cercano desde la perspectiva espacio-temporal: afectos, familiares, vecinos, etc). Esta moralidad es, según el sociólogo: “tristemente inadecuada”, por cuanto la tecnología magnificó la escala de las posibles consecuencias de aquellas acciones tomadas en lugares remotos. Señala además la necesidad de construir una moral que se interese por lo colectivo, por lo aparentemente distante, por las consecuencias generacionales (producto de nuestra actual interpretación del “mundo lugar” en vez del “mundo hogar”), es decir una “moralidad de la distancia espacial y temporal”. Esto implica: intereses sociales eficaces y, consecuentemente, una fuerza

política tangible. Es en este último contexto (intereses sociales eficaces) donde el fortalecimiento de la "ISO 26000 de RS" y la "ISO 14.001:2004" -nacidas de un consenso mundial y de una adhesión voluntaria por parte de las distintas organizaciones- tienen un rol protagónico para contribuir a la consolidación de la visión sustentable y complementaria en lo social y en lo ambiental.

Algunos consumidores e inversores han tomado conciencia de la importancia que tienen las condiciones de producción de lo que consumen, no solo por la calidad de la materia prima con que se manufacturan, sino por la "sustentabilidad" esperable para el equipo de trabajo. Se trata de una visión constructiva que en la jerga se simplifica como una relación "gana-gana" con los empleados, la comunidad, los proveedores y la naturaleza para no condenar generaciones futuras. Para ser éticos, hay que tener y plasmar la intención de que el dinero se destine a hacer el bien a los demás seres humanos y a su dignidad de personas. A fin de lograr esto lo primero es no dañar, por eso "no invertir" en empresas que tengan que ver con comercio de armas, opresión política, etc. La inversión con criterio ético, que proponen ambas normas, está decididamente alineada con la práctica de los derechos humanos y con el respeto al medioambiente, dado que estimulan la creación de empleo, ayudan a minorías desfavorecidas, propician la accesibilidad a los avances de la biotecnología, etc.

Por estos motivos, es coherente que en el ámbito de la salud y en el seno de todo Centro de Salud, sea este con o sin fines de lucro, se persiga validar el respeto al medio ambiente mediante una certificación internacional.

Certificaciones ISO 14000 por sector



Fuente: [www.tuv.com](http://www.tuv.com)

La norma se desarrolla siguiendo los siguientes puntos:

- 1 – Alcance
- 2 – Normas para consulta
- 3 – Definiciones
- 4 – Requerimientos del sistema de gestión ambiental
  - 4.1 – Requerimientos generales
  - 4.2 – Política ambiental
  - 4.3 – Planificación
    - 4.3.1 – Aspectos ambientales
    - 4.3.2 – Requerimientos legales y de otro tipo
    - 4.3.3 – Objetivos y metas
    - 4.3.4 – Programa (s) de gestión ambiental
  - 4.4 – Implementación y operación
    - 4.4.1 – Estructura y responsabilidad
    - 4.4.2 – Entrenamiento, conciencia y competencia
    - 4.4.3 – Comunicaciones
    - 4.4.4 – Documentación del sistema de gestión ambiental
    - 4.4.5 – Control de la documentación
    - 4.4.6 – Control operativo
    - 4.4.7 – Prevención y respuestas de emergencia
  - 4.5 – Control y acciones correctivas
    - 4.5.1 – Monitoreo y mediciones
    - 4.5.2 – No conformidad y acciones correctivas y preventivas
    - 4.5.3 – Registros
    - 4.5.4 – Auditorías del sistema de gestión ambiental
  - 4.6 – Revisión por gerencia

El punto 4 (Requerimientos del Sistema de Gestión Ambiental) sigue lineamientos similares a la norma de “Calidad ISO 9000” y conceptualmente basados en el enfoque PDCA (creado por el Estadístico Deming) cuyas siglas en inglés son: *plan* (planificar), *do* (implementar), *check* (verificar), *act* (seguimiento).

El punto 4.5.2 (no conformidad y acciones correctivas y preventivas) es esencial en la norma, dado que registra todo apartamiento al SGA implementado. En auditorías internas y externas se buscan aquellos datos que indiquen si se ha cumplido con los requerimientos del sistema. En general es el resultado de mediciones o evaluaciones, como el caso de disposición de residuos o programas de prevención de emergencias.

En el caso de una no conformidad, como pudiera ser la falta de cumplimiento de normas ambientales por parte de proveedores que, por ejemplo, no respetan la conservación del suelo o la disposición adecuada de residuos, se generan documentos y comunicaciones al más elevado nivel de la organización con las medidas correctivas adoptadas y las acciones preventivas para evitar su reiteración.

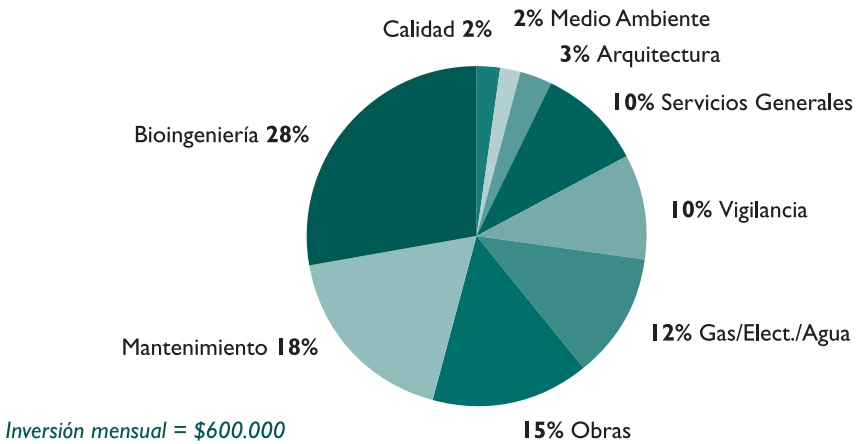


### III. PRESUPUESTO MENSUAL PROMEDIO POR ÁREAS

El presupuesto para implementar y mantener un SGA en un hospital de alta complejidad se corresponde con aproximadamente el 2% del presupuesto total de las áreas de soporte e incluye básicamente los costos de documentación, certificación ante organismo acreditado, mediciones especiales, auditorías externas y abono técnico-legal.

Si bien esta erogación puede interpretarse como gasto en una restringida visión contable, la misma ejerce el rol de inversión al convertirse en programas concretos de ahorro de recursos naturales (agua potable, energía eléctrica, gas, etc.). La concepción prevencionista de los programas constituye el mayor soporte de los ahorros.

Presupuesto mensual promedio por áreas



La consigna fundamental de evitar accidentes, en particular aquellos de mayor gravedad, es recurrente en el contexto ISO de mejora continua. No suele premiarse en la cultura misma de nuestros países el proceder prevencionista (suele asociarse a falta de operatividad, arrojo, etc.) quizás porque no se puede “contabilizar” el accidente que no ocurrió. Por otra parte nadie duda en premiar a quienes socorrieron a una víctima del accidente, en particular si el mismo se convirtió en un siniestro de proporciones.

El mapa de riesgo que se construye siguiendo la normativa “ISO 14001:2004” es fundamental para trabajar en la prevención.

En síntesis, el 2 % del presupuesto vuelve como valor agregado que se explicita en el ahorro de gas, energía eléctrica, agua potable, papel, etc.; pero el gran beneficio oculto es su impacto en la cultura institucional en lo que respecta al desarrollo de la prevención de siniestros, accidentes y enfermedades profesionales.

#### **IV. CERTIFICACIÓN ISO 14.001:2004 Y PLANIFICACIÓN INSTITUCIONAL**

Existe un significado del término “logística” asociado a un esquema de: determinación de requerimientos (conocer qué se necesita), obtención (saber cómo se obtiene lo que se necesita) y distribución (indicar cómo se hace llegar al usuario). Se trata de un esquema operativo sencillo desde lo descriptivo: “qué” proporcionar, “cuánto”, “dónde” y “cuándo”, los cuales implican estudiar el “cómo” satisfacer. Esta Logística de transporte con toda la complejidad que significa en cuanto a Planeamiento (cálculo, apreciación y valoración) es fácil de comprender en términos de aprovisionamiento; pero hay una LOGÍSTICA con mayúsculas, que es aquella infraestructura técnica que soporta y acompaña la estrategia institucional.

En los centros de salud en general suelen estar dispersos, en cuanto a su dependencia, los distintos profesionales de las áreas técnicas que no desempeñan funciones asistenciales directas.

La reunión de los distintos profesionales vinculados a nuevas obras, calidad, seguridad e higiene, medio ambiente, bioingeniería, servicios generales, etc., al disponer de un espacio común fortalecen de hecho esa Logística que necesariamente participa desde el primer momento de la estrategia. Dicha Logística sirve en la medida en que sea: flexible, sinérgica y anticipativa.

Una vez obtenido un contexto organizacional adecuado es factible proponerse la implementación de un SGA (Sistema de Gestión Ambiental) certificable.

#### **V. SELECCIÓN DE CERTIFICADORA**

Para la selección de la entidad certificadora en ISO existen diversas opciones en el mercado: el TUV Rheinland Group, GL, UL Underwriters Laboratories Inc., LRQA Lloyd's Register Quality, etc.

Las normas ISO, al igual que cualquier otra norma, son medios o instrumentos para cristalizar una finalidad. Para una Institución de Salud, como se expresó anteriormente, significa validar la vocación de servicio a la comunidad. En particular con la “ISO 14001:2004” los beneficiarios trascienden los vínculos más conocidos (paciente, alumno, colaborador, etc.) y alcanzan a destinatarios aparentemente anónimos (la sociedad, los vecinos, etc.).

## VI. PROBLEMÁTICA AMBIENTAL EN ESTABLECIMIENTOS DE SALUD

En la actualidad se reconoce que las técnicas y tecnologías relacionadas con la salud pueden aumentar los riesgos de deterioro medioambiental en los ecosistemas donde los hospitales desenvuelven sus actividades. Por esta razón los hospitales, en su misión de promover y proteger la salud, también deben tratar el tema del medio ambiente. La importancia de realizar un monitoreo ambiental permite atenuar los impactos ambientales provocados por los centros de salud existentes en nuestro país y tomar conciencia de lo importante que es cumplir con las normas ambientales vigentes y de esa forma evitar el deterioro ambiental.

Existen organismos que regulan y controlan el cumplimiento de las leyes ambientales. Cabe mencionar el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) que constituye el foro para la concertación y la elaboración de una política ambiental coordinada entre sus miembros, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Nación a través de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable. Existen gran cantidad de leyes ambientales vinculadas con la salud y el medio ambiente, entre ellas destacan la Ley 24051 que tiene como fin el control de los residuos peligrosos y la Ley 25675 que procura una gestión sustentable y adecuada del ambiente. También están vinculados los siguientes organismos: el Instituto Nacional del Agua (INA), la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la lucha contra el Narcotráfico (Sedronar). En el punto 4.3.2 de la norma "ISO 14001" se hace referencia al cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales vinculados a la actividad. Lo que se quiere lograr es que los centros de salud conozcan la existencia de gran cantidad de requisitos legales a cumplir y que tomen conciencia de la importancia de desconocer y cumplir con las mismas. Es primordial realizar un diagnóstico ambiental de un centro de salud para poder mitigar así los impactos ambientales que genera su actividad y para elevar la calidad de la conservación de la diversidad biológica y garantizar la sustentabilidad de los usos de sus componentes.

Por ello, mediante mediciones y monitoreos, se analizan los efectos ambientales generados por la actividad que se desarrolla en los establecimientos de salud. El objetivo principal es poder realizar un diagnóstico de la situación del hospital que permita minimizar los impactos ambientales significativos y de esta manera poder implementar un Sistema de Gestión Ambiental en nuestro país, lo que significa cumplir con las pautas establecidas por la norma "ISO 14001".

Los problemas más frecuentes en los sistemas de salud argentinos radican en la inadecuada disposición final de los residuos patogénicos y peligrosos generados en las distintas áreas de establecimientos de salud, como por ejemplo, laboratorios y áreas de revelado de placas radiográficas. En muchos hospitales los mismos se vierten a las cloacas para evitar el costo por su tratamiento; el personal no toma conciencia de que de este modo no solamente contaminan el agua que nosotros

necesitamos para poder vivir, sino que además están contaminando la tierra, la atmósfera, etc. Estas sustancias al reaccionar y mezclarse entre ellas mutan, se alteran químicamente y se vuelven cancerígenas y afectan la salud de la población. Otro problema que se repite con frecuencia es la emisión a la atmósfera de sustancias químicas por el uso de solventes como xileno y formol en los Laboratorios de Anatomía Patológica. Hay otro tipo de sustancias químicas que se utilizan, como por ejemplo, óxido de etileno para la esterilización de los materiales. Es importante hacer mención de los gases de combustión emitidos por las calderas y los grupos electrógenos. También hay graves problemas acústicos en las playas de estacionamiento por el uso de grupos electrógenos, compresores y por el ingreso de automóviles que generan congestión, etc.

Tal problemática no suele tener esto en cuenta y repercute negativamente en el medio ambiente y en el personal que trabaja en las áreas afectadas. También es fundamental hacer mención del ruido en las salas por los equipos de aire acondicionado y por el uso de altoparlantes para llamar a los médicos y a los pacientes. Otro problema son los transformadores de media tensión que utilizan bifenilos policlorados, que son mezclas químicas que forman una gama de sustancias, desde líquidos aceitosos transparentes a amarillos hasta sólidos blancos, cristalinos (similares a la arena) y resinas duras que se utilizan como líquidos aislantes de sistemas eléctricos. Este tipo de transformadores han sido erradicados de los hospitales en la Ciudad de Buenos Aires. La Argentina y más de 90 países firmaron en Estocolmo, el 23 de mayo de 2001, un Convenio internacional en el que se compromete a eliminar los PCBs junto a una lista de apenas 12 compuestos que han sido priorizados para su eliminación por su toxicidad y su persistencia.

En las áreas críticas de los centros de salud, es frecuente la contaminación por polvo debido a la inadecuada limpieza y cambios de filtros, así como por las obras generadas dentro de los mismos y la ineficiencia de las medidas tomadas para evitar la contaminación dentro y fuera del ambiente hospitalario.

El mercurio es una sustancia nociva para el medio ambiente y para la salud de la población y frecuentemente es utilizada en la tecnología médica (tensiómetros, termómetros, etc.). Este tipo de contaminantes se encuentran en proceso de erradicación; existen organismos a cargo de campañas mundiales (*"Health Care Without Harm"* – "Cuidado de la Salud sin Daño").

## **VII. METODOLOGÍA PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE GESTIÓN AMBIENTAL**

### *2.1 Realización de mediciones y obtención de información.*

Previo a la realización de mediciones se coordinaron reuniones con los profesionales de distintas especialidades que colaboraron para que se pudiese realizar el diagnóstico medioambiental, facilitando el trabajo de campo y la información necesaria para poder ejecutar las mediciones y los análisis medioambientales.

### 2.2 Puntos de medición para realizar el diagnóstico medioambiental

Para la realización de las mediciones se deberán establecer puntos de muestreos, luego de haber hablado con el personal de las distintas áreas para identificar las que fueran críticas y que pudiesen generar impactos significativos en el ambiente y en la salud de la población. A continuación, en la tabla 2.2.2 se enumeran los sectores principales donde deben realizarse las mediciones. Este es un ejemplo de un hospital de alta complejidad.

Tabla 2.2.2. Ejemplos de Puntos de Medición.

| Sector                         | Tipo de Medición   |
|--------------------------------|--|
| Rayos                          | Hidroquinona   |
| Diálisis                       | Calidad del agua, control de efluentes, calidad del aire   |
| Sala de espera                 | Ruido  |
| Sala de máquinas               | Emisiones a la atmósfera   |
| Anatomía patológica            | Emisiones a la atmósfera por el uso de xilol y formol  |
| Sala de máquinas               | Ruido  |
| Playa de estacionamiento       | Ruido  |
| Grupo electrógeno              | Ruido y emisiones a la atmósfera   |
| Quirófano y Esterilización     | Calidad del aire y riesgo eléctrico  |
| Trasplante de Órganos          | Calidad del aire y riesgo eléctrico  |
| Unidad coronaria               | Calidad del aire y riesgo eléctrico  |
| Terapia intensiva              | Calidad del aire y riesgo eléctrico  |
| Laboratorio                    | Emisiones a la atmósfera, calidad del aire, riesgo eléctrico, control de efluentes   |
| Medidores de energía y fluidos | Caudal de gas, de agua corriente, kw de energía eléctrica, gases medicinales, gases de los sistemas de aire acondicionado y refrigeración. |
| Tanque de agua                 | Análisis Bacteriológico y Físico Químico   |

## VIII. PROGRAMAS DE GESTIÓN AMBIENTAL Y SUS BENEFICIOS

Los "Programas de Gestión Ambiental" contemplan metas concretas con medición frecuente de indicadores previamente establecidos. Es necesario que en los centros de salud se activen programas de reducción de agua potable, consumo eléctrico, residuos patogénicos, nivel de partículas, mercurio en instrumentos, uso de gas en laboratorios, etc. En forma paralela se estructuran programas de reciclado de papel y segregado de los distintos tipos de residuos. Se sugiere la esterilización de los residuos patogénicos como la forma más amigable para su disposición.

Es de conocimiento público que las organizaciones sensibles a la preservación del ambiente tienen mejor imagen que otras indiferentes o negligentes. Las compañías de seguros han comenzado a condicionar primas en función de que haya una demostración previa de la inexistencia de contingencias relacionadas con la contaminación ambiental.

La experiencia demuestra que la implantación de un sistema de gestión medioambiental y su posterior certificación pone en evidencia una serie de beneficios, como el caso del Cemic que recibió de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES) y del Instituto de Estudios e Investigaciones Ambientales (IEIA) el premio "Hacia la excelencia ambiental empresaria". Tal distinción es un orgullo para la Institución y constituye un aliciente para continuar con el compromiso del cuidado de los recursos naturales.

El Cemic entiende que la preservación del medio ambiente es una extensión natural de sus actividades y de su vocación de servicio, para mejorar la calidad de vida de la comunidad.

Como se detalla en el trabajo presentado por la institución, el cuidado ambiental no se limita a la adecuada disposición de residuos patogénicos y peligrosos, sino que implica además la solución de problemas de muy diversa índole, tales como los inconvenientes acústicos, las radiaciones, la utilización de mercurio, el cuidado de los recursos naturales, las emisiones de gases a la atmósfera, los efluentes vertidos a la red cloacal, el control de la instalación eléctrica y la prevención de situaciones de emergencia.

Por eso, el Cemic trata los impactos ambientales, desde su identificación hasta su atenuación, mediante un sistema integral y específico bajo la norma "ISO 14001", "Sistemas de Gestión Ambiental".

## IX. BENEFICIOS

Gestión y ambiente laboral

- Integra la gestión ambiental en la gestión global de la empresa
- Incrementa la confianza en la dirección por parte de los colaboradores

- Fomenta la participación en todos los niveles, afianzando y completando otros sistemas
- Reduce los riesgos laborales asociados a cuestiones ambientales
- Sensibiliza al personal sobre los problemas ambientales
- Genera satisfacción en el personal al comprobar que su aporte se canaliza positivamente
- Aumenta la confianza de la administración y de las compañías de seguros.
- Reduce las posibilidades de asumir un pasivo ambiental
- Permite la participación en nuevas oportunidades de prestación de servicios
- Facilita el acceso a ayudas económicas vinculadas al cuidado medioambiental
- Reduce las primas de seguros
- Optimiza inversiones y costos
- Reduce los costos derivados de la no gestión (equivalentes a los de no calidad)

#### Legal

- Evita multas y sanciones
- Evita demandas judiciales
- Reduce riesgos de demandas de responsabilidades civiles y penales
- Anticipación a los requisitos de legislación futura

#### FUENTES:

- "Medioambiente en Argentina: Prioridades y Regulaciones: Un Estudio de Casos" y Chudnovsky FIEL.

- "La prevención de la contaminación en la gestión ambiental de la industria argentina", D. López A., y Freylejer V.D.T. 24 CENIT.

- "International Standards for Environmental Management Systems: ISO 14000". Canadian Environmental Protection.

- "Los miedos infundados de la regulación ambiental", Conte Grand, M. CEMA. Instituto Nacional de Tecnología Industrial.

- Programa de la Calidad, Dirección General de Estudios y Proyectos, Subsecretaría de Acción de Gobierno.

- TUV, [www.tuv.com](http://www.tuv.com).

# CAPÍTULO 3

## EL CONSUMIDOR FRENTE A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

### LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL RÉGIMEN TUITIVO DE DERECHO DEL CONSUMO

**Laura Pérez Bustamante (\*)**

#### 1. LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO SALUD EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO

El régimen constitucional argentino, desde sus mismos orígenes, entendió a la salud íntimamente vinculada a la vida e inserta en el plexo de derechos llamados implícitos que dotaban de contenido al art. 33 de la Norma Fundamental.

La justicia acompañó la protección debida a este derecho en el referido marco, dejando sentado el criterio aún vigente en lo concerniente a su relevancia. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un antiguo precedente, consideró de superior naturaleza los derechos relacionados a la salud del trabajador respecto de los derechos patrimoniales del empleador.<sup>306</sup> Con posterioridad, profusa jurisprudencia recayó sobre la materia con base en el anterior discernimiento, que construyó los perfiles de la actividad tuitiva judicialmente desplegada hasta el presente.

Impactó, asimismo, en el desarrollo de la doctrina judicial, la reforma de la Constitución Nacional de 1994, por la cual se otorgó jerarquía constitucional a una serie de "Tratados Internacionales de Derechos Humanos" (art. 75 inc. 22) que contienen previsiones sobre el derecho a la salud.<sup>307</sup> En este sentido, la Corte

---

(\*) *Directora del Posgrado de Derecho del Consumidor Profundizado e investigadora de la Universidad de Buenos Aires.*

<sup>306</sup> C.S.J.N., autos "Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", Fallos: 305:2.040.

<sup>307</sup> *En efecto, este derecho se contempla en la "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (art. XI); en la "Declaración Universal de Derechos Humanos" (art. 25); en el "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" (art. 12); en la "Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial" (art. 5 inc. e., pto. IV); y en la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (art. 112 inc. f).*



Suprema de Justicia de la Nación resaltó el deber impostergable que recae en la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales.<sup>308</sup>

Entre la vasta jurisprudencia atinente al derecho que nos convoca, es ilustrativa la doctrina sentada en la causa "Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional"<sup>309</sup>, en la cual la C.S.J.N., remitiendo al dictamen del procurador general, entendió a la vida y a su protección como un bien fundamental en sí mismo, indispensable para el ejercicio de la autonomía personal; un derecho implícito, en el sentido de ser necesario para el ejercicio de los derechos expresamente reconocidos. Y en cuanto a los deberes del Estado, enfatizó que este no solo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas respecto de ellos para que no se tornen ilusorios. Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga, conforme se recuerda en la causa "C. de B., A. C. c. Secretaría de Programas de Salud y otro".<sup>310</sup>

También, en su faz colectiva, el derecho a la salud fue tratado por la justicia en oportunidad de expedirse en un amparo presentado con el objeto de que se ordenase al Estado Nacional ejecutar la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 contra la fiebre hemorrágica argentina; asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el virus Junín, e implementar, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema.<sup>311</sup> Allí se entendió que "al haber asumido el Estado nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el Defensor del Pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso". Dentro de los problemas modernos relativos a la salud, el derecho a la asistencia médica a los portadores del virus HIV/Sida por parte de las empresas de medicina prepaga, también obtuvo favorable acogida judicial. Ante el amparo presentado por un portador asintomático de la enfermedad, atento a la negativa de la empresa de continuar brindando cobertura, la Corte Suprema<sup>312</sup> negó la posibilidad de corte intempestivo de las prestaciones pactadas contractualmente y las previstas legalmente no mediando incumplimiento de las obligaciones por parte del afiliado (pago de cuota). Entendió que lo contrario atentaría contra el imperativo de

---

<sup>308</sup> C.S.J.N., "C. de B., A.C. c/Secretaría de Programas de Salud y otro", 2000/10/24, *La Ley*, 2001-C, 32.

<sup>309</sup> C.S.J.N., 01/6/2.001, Fallos: 323:1.339 y *La Ley* 2.001-B-126.

<sup>310</sup> C.S.J.N., 24/10/2.001, *La Ley* 2.001-C-32.

<sup>311</sup> CNFed. Contencioso administrativo, Sala IV, junio 2-998 in re "Viceconte, Mariela C. c. Ministerio de Salud y Acción Social", *La Ley* 1998-F-102.

<sup>312</sup> C.S.J.N., in re "E., R.E. c. Omint SÁ de Servicios", de 2001/03/13, *La Ley*, 2001-B, 687.

permanencia y de continuidad de la prestación médica –derivada de la naturaleza previsional que tiene este servicio–, así como contra los estándares de buena fe y moral y buenas costumbres. Asimismo, se consideró en el precedente que la aceptación de la cobertura médica por el beneficiario tornaba irrevocable el contrato de medicina prepaga; y en el supuesto en que el mismo haya sido celebrado por un ex empleador del beneficiario, la empresa se encontraba obligada como si el beneficiario hubiera contratado directamente.

El derecho a la salud se ha arraigado también en el nuevo art. 42 de la Constitución Nacional, como otra consecuencia de la última reforma mencionada. Desde lo normativo, en la actualidad, y sin perjuicio de su raíz histórica, el derecho a la salud ha dejado de ser un derecho implícito para adquirir una fuerte presencia explícita como derecho humano de tercera generación. En tal sentido, versa el art. 42 de la C.N.: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud [...] Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos”.

Es oportuno consignar aquí, que cuando la norma fundamental menciona a la “relación de consumo”, en este contexto, dicha relación debe ser entendida en sentido amplio, como una expresión relativa a la denominada “sociedad de consumo”. Lo contrario, es decir, interpretar que se alude exclusivamente a relaciones contractuales del derecho privado, conllevaría la consecuencia de otorgar protección a la salud a algunos (los contratantes a título oneroso) y no a todos; lo que atentaría contra los fundamentos mismos de la tesis constitucional del “contrato social”<sup>313</sup>, razón de ser de la sujeción voluntaria del soberano a las normas. En otras palabras, desde la visión que aquí se sostiene, una postura en tal sentido, sería jurídicamente inconstitucional y desde lo político, hartamente peligrosa para la paz social.

Sostenemos que la visión de la relación de consumo restringida al derecho privado, en este contexto de análisis, es inconstitucional porque privaría de protección a la salud a quien no fuera un contratante. A *contrario sensu*, podría decirse al respecto que “el resto” –si es que fuera aceptable esa denominación–, continuaría amparado por el art. 33 de la C.N. En tal caso, para algunos la salud sería un derecho implícito –sujeto a los vaivenes de la progresividad de los derechos sociales<sup>314</sup>–, y para otros, explícito –indiscutible respecto de su efectividad–, afirma-

---

<sup>313</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*.

<sup>314</sup> Así se ha dicho que: “Frente a un estado de necesidad de los derechos fundamentales como son la vida, la salud o la educación, los tribunales de justicia están habilitados para emitir mandamientos judiciales dirigidos a tutelar, en tiempo real, la situación de emergencia que vive la persona, dentro del contexto de recursos con que cuente el patrimonio público, por supuesto. Pero haciendo agotamiento de la investigación recursiva, pudiéndose ejecutar bienes o partidas no afectadas a otras prestaciones también esenciales a otros derechos individuales de la sociedad en su conjunto. Todo depende del sentido de razonabilidad con que se tomen las medidas”. JContencioso administrativo y Trib., C.A.BA, Sala de feria, 2001/01/11, in re “Pérez, Gustavo y otros c. G.C.B.A”.

ción poco simpática con ribetes de discriminación en torno a derechos humanos fundamentales como la salud.<sup>315</sup>

Otro obstáculo se presenta respecto de la aceptación de la visión restringida del concepto constitucional de relación de consumo: el relativo al mandato de sustentabilidad. En efecto, hemos sostenido en reiteradas oportunidades que la norma del art. 42 requiere de interpretación sistemática, en el caso, mínimamente con los artículos 41 y 43 de la Carta Magna.<sup>316</sup>

Del art. 41 de la C.N. surge la adopción del desarrollo sustentable como instrumento para alcanzar la meta del nuevo ordenamiento constitucional: el desarrollo humano (arts. 41 y 75 inc. 19 de la C.N.), cuyo antecedente lo encontramos en el viejo preámbulo de la Constitución de 1853 cuando alude a la promoción del “bienestar general”.

Sabido es que el desarrollo sustentable requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado –el consumismo y la pobreza–, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad.<sup>317</sup>

La eliminación de la pobreza requiere, a su vez, de la efectivización del derecho fundamental de acceso al consumo<sup>318</sup>, constituido por el acceso a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación, la vestimenta y las comunicaciones; para la satisfacción de las necesidades básicas y como elementos imprescindibles de la autonomía individual que permita alcanzar el desarrollo humano, entendido como el desarrollo de la plena potencialidad del ser.

---

<sup>315</sup> *Reparar en este particular aspecto de la problemática resulta de gran utilidad práctica. En la actualidad se ha escuchado afirmar a seguidores del Análisis económico del Derecho que los hospitales públicos no deben ser subsidiados porque eso es “ineficiente”; y que en Brasil se ha demostrado que la permisón del aborto baja el índice de delitos, en razón de que “los delincuentes son mayormente marginales”. Sin perjuicio de los cuestionamientos de variada índole que generan los presupuestos de base de tales afirmaciones y el debate sobre las propuestas de solución que plantean; es paradójico que estas reflexiones –que no son aisladas–, se viertan en el marco de actividades intelectuales llevadas a cabo en una universidad pública gratuita, por intelectuales con el máximo grado académico formados en ella y que aún utilizan sus servicios, gratuitamente. Más allá de lo anterior, es oportuno detenernos en estas posturas que privilegian lo que denominan “eficiencia” por sobre el valor “vida”; dado que muestran la falta de consenso, pese al estado normativo, sobre el reconocimiento de derechos humanos fundamentales sin exclusiones; con preocupante incidencia actual en los alcances efectivos del derecho que analizamos a la hora de la gestión pública y del amparo judicial, derivada del gran auge, promoción y difusión de esta manera de entender al Derecho, a los derechos y a sus titulares.*

<sup>316</sup> PÉREZ BUSTAMANTE, Laura. *Derecho Social de Consumo*. Buenos Aires: La Ley, 2004, *Derechos del Consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2004; y *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*. Buenos Aires: Colihue, 2007.

<sup>317</sup> PÉREZ BUSTAMANTE, Laura. *Los derechos de la sustentabilidad*. Op. cit.

<sup>318</sup> ONU. *Directrices de protección al consumidor, aprobadas por Resolución 39/248*; “*Declaración Universal de Derechos Humanos*” art. 25 inc.1; “*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, art. 11; “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*”, art. 11.

Por ello, si decimos que el derecho del consumidor es un derecho humano de tercera generación –cuyas notas distintivas son la equidad internacional e intergeneracional junto a la solidaridad–, que es transversal y se encuentra inescindiblemente ligado a su par, el derecho ambiental, con quien comparte sus características, cuando el art. 42 habla de la salud, protege a todos los habitantes y cuando menciona la relación de consumo, en estos supuestos, el concepto equivaldría a la relación que une a los ciudadanos con su carta magna.<sup>319</sup>

En definitiva, y como hemos sostenido con anterioridad, “puede afirmarse sin hesitación que tal como ha sido estructurado desde la Constitución –y no meramente por referencia a la Ley 24240–, en cuanto al derecho de los consumidores, no solo hay derechos y obligaciones entre el proveedor y el consumidor, existe, además, una relación jurídica que excede el marco privado y compromete al Estado. En efecto, los individuos tienen derecho a acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable; los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial– tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de aquel acceso y se encuentran sujetos a responsabilidad frente al poder que la Constitución confiere a toda persona –“soberano” en términos constitucionales– para obtener la satisfacción concreta de sus pretensiones amparadas por una garantía constitucional. Qué tribunal sea competente para formular este reclamo o cuáles sean las medidas con las que el Estado haya de cumplir el deber impuesto por la ley fundamental, son temas instrumentales: la eventual ausencia o imprecisión de tales previsiones, como resulta de la doctrina sentada en el precedente “Siri”, no ha de ser obstáculo para que los derechos proclamados lleguen a sus destinatarios en vez de permanecer en el limbo decorativo de la normas incumplidas”.<sup>320</sup>

## 2. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE CONSUMO

### A. LAS BASES CONSTITUCIONALES

Como surge de nuestra jurisprudencia, tanto el Estado como las obras sociales y quienes realizan actividades comerciales vinculadas a la vida y a la salud –empresas de medicina prepaga–, se encuentran obligados al cumplimiento de aquellas prestaciones reguladas por la normativa pertinente en resguardo de la protección de los bienes jurídicos en juego, sin perjuicio de los compromisos asumidos en forma voluntaria en el marco del derecho privado.

---

<sup>319</sup> Este punto ha sido desarrollado en extensión en PEREZ BUSTAMANTE, Laura. *Derechos del Consumidor*. Astrea, 2008, pp. 1-9.

<sup>320</sup> PEREZ BUSTAMANTE, Laura. *Derecho Social de Consumo*. Op. cit, p. 101.

Con las bases establecidas por el art. 42 de la Constitución reformada y la directriz de desarrollo humano, sentada en el art. 75 inc.19 e instrumentada por las exigencias del desarrollo sustentable del art. 41, los derechos fundamentales de tercera generación son regulados en sus presupuestos básicos en el marco de la sociedad de consumo.<sup>321</sup>

De esta manera, el derecho a la salud –uno de los componentes del hoy conocido derecho de acceso al consumo– encuentra su inclusión en el texto constitucional con dos posibles perfiles: uno enclavado en el derecho público y otro en el derecho privado, si bien parcialmente.

El perfil del derecho público responde a la exigencia del ordenamiento constitucional de proveer a la sustentabilidad social, y en ella se inscriben los deberes del Estado respecto de la salud de la población. Corresponden a esta esfera de actuación la asistencia pública directa (a través de la prestación de servicios de salud en hospitales públicos), las previsiones respecto de la seguridad social (mediante la regulación y el control de la actividad de las obras sociales), y la regulación y control de los servicios privados de salud (empresas de medicina prepaga). En este orden, se dictan normativas de carácter protectorio y se controla la actividad de los prestadores.<sup>322</sup>

Respecto del segundo, es decir, el derecho a la salud con eje en el derecho privado, corresponde a la relación entre los proveedores de servicios de salud privados y los usuarios o consumidores, y exhibe la confluencia de normas contractuales de derecho privado con notas imperativas de fuente en leyes de orden público. El objeto de estas últimas es esencialmente preventivo y tuitivo de las personas en el marco de las relaciones de consumo en la sociedad de mercado.

Conocidas son las características más salientes de estas relaciones: desigualdad de poder negocial de las partes al momento de celebrar el contrato y durante el curso de su ejecución, predisposición de cláusulas, asimetría informativa, dificultad práctica de acceso a la justicia, entre otras. Tal contexto justifica la injerencia pública en estas relaciones iniciales de derecho privado, máxime teniendo presente la indelegabilidad de las funciones del Estado respecto de la salud de la población.

---

<sup>321</sup> Estas normas constitucionales son acompañadas por las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional mencionados en el punto 1 de este trabajo.

<sup>322</sup> Entre ellas, la Ley 23660 de obras sociales; la Ley 23661 que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud; la Res. 247/96 del ex Ministerio de Salud y Acción Social y sus modificatorias, que crea el "Programa Médico Obligatorio", estableciendo las prestaciones mínimas garantizadas a los beneficiarios de las obras sociales –Agentes del Seguro de Salud–; sus complementarias, como la Ley 24445, que extiende la cobertura debida a tratamientos médicos psicológicos y farmacológicos a infectados de HIV y dependientes de estupefacientes; la Ley 24774 que impone a las empresas de medicina prepaga la obligación de cumplir con el P.M.O y la Ley 24455; la Res. 1991/2005 del Ministerio de Salud que reordena el Programa Médico Obligatorio y que aprueba las prestaciones básicas esenciales garantizadas por las obras sociales; y la Ley 24240 de Defensa del Consumidor.

Por estas razones se ha dicho que el derecho del consumidor persigue el equilibrio en las relaciones contractuales y con esta finalidad es que protege derechos y fija deberes a los proveedores y a las autoridades públicas. Para ello, el art. 42 de la Constitución establece el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, seguridad, intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección, trato equitativo y digno, educación para el consumo, control de monopolios, calidad y eficiencia de servicios públicos y asociación y participación en los organismos de control. Correlativamente, ordena a las autoridades –poderes ejecutivo, legislativo y judicial– a proveer a la protección de los anteriores derechos.

La norma comentada dispone que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”, lo que es cumplido –o regulado, si se prefiere– por la Ley 24240 de defensa del consumidor. En cuanto al planeamiento de políticas públicas de control y prevención, la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor se encarga de ello en el marco del Poder Ejecutivo, también por previsión de esta ley.<sup>323</sup>

Por último, la importancia de la labor del poder judicial debe resaltarse en orden a garantizar el ejercicio efectivo –o la vigencia real– de los derechos de los ciudadanos o consumidores, sea en el ámbito de las relaciones de consumo privadas o en el marco del acceso a los beneficios del sistema de salud pública, pues ambos responden a necesidades inherentes a derechos humanos fundamentales.

## B. EL RÉGIMEN LEGAL

### B. 1. El ámbito de aplicación de la ley de defensa del consumidor

Cuando nos centramos en el análisis de la Ley 24240 de defensa del consumidor (en adelante L.D.C.), resulta de especial importancia clarificar a qué relaciones jurídicas resulta aplicable, ya que, a diferencia del Código Civil, se trata de una norma especial.

Los artículos 1 y 2 de la L.D.C. dan la respuesta. De ellos se extrae que se aplica a: 1. personas físicas o jurídicas; 2. que realicen actos de consumo final; 3. que adquieran o utilicen bienes o servicios en forma gratuita u onerosa, y 4. en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Aclara el art. 1 que se incluye a aquellos que sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquieren o utilizan bienes o servicios como destinatarios finales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social; y también a quienes de cualquier manera están expuestos a una relación de consumo.

---

<sup>323</sup> Debe señalarse que la autoridad de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor controla la actividad de las empresas de medicina prepaga, y la Superintendencia de Servicios de Salud a las obras sociales.

Diremos entonces que la LDC está orientada a regular las relaciones de consumo, entendidas como el vínculo jurídico que une al proveedor y al consumidor o usuario, conforme a la definición que da su propio art. 3. Desde el ámbito material, concierne a los contratos y a todas las circunstancias que refieren a ellos.<sup>324</sup> Desde el punto de vista subjetivo, comprende tanto a los titulares de esas relaciones como a las personas afectadas por ellas.

Consecuentemente, nacerán vínculos de naturaleza contractual (situaciones surgidas de un contrato entre las partes) o extracontractual (por ejemplo, daños producidos por muestras gratis o por productos o servicios que fueron sufridos por quienes se vieron expuestos a una relación de consumo).<sup>325</sup>

### *B. 2. La integración normativa*

Dado lo dispuesto por el art. 3 de la LDC, las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo.

De ahí que el régimen jurídico del derecho del consumidor esté compuesto por normas de rango constitucional (legal e infralegal) y que en cuanto a la salud incluya también toda aquella normativa que directa o indirectamente incida en él. Consecuentemente, respecto de la salud se integrarán a la LDC aquellas normas –leyes, decretos y resoluciones– que establezcan derechos, prestaciones obligatorias o regímenes particulares, sean de carácter general o bien destinados a grupos específicos de personas, en virtud de atender a determinadas necesidades poblacionales específicas.<sup>326</sup>

De esta manera, estamos en presencia de una regulación de las relaciones de consumo que excede el cuerpo mismo de la Ley 24240 y que constituye un sistema normativo de carácter flexible en el cual confluyen normas cuyo bien jurídico protegido puede diferir de la protección del consumidor, pero que tienen incidencia directa o indirecta sobre su persona y sus intereses.

### *C. 3. Interpretación normativa*

El hecho de que el derecho del consumidor constituya un sistema normativo plantea el interrogante sobre las vicisitudes que pueden presentarse al momento de la aplicación normativa.

---

<sup>324</sup> FARINA, Juan. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 2008.

<sup>325</sup> Originariamente, la L.D.C solo protegía al adquirente o usuario a título oneroso. Sin embargo, su decreto reglamentario, Dto. 1798/94, se ocupó de ensanchar el ámbito de aplicación de la ley al incluir dentro de su protección también a quien en función de una eventual contratación a título oneroso, recibiera a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis).

<sup>326</sup> En similar sentido, FARINA, Juan. *Defensa de los Usuarios y Consumidores*. Buenos Aires: Astrea, 2004 y 2008.

En efecto, si de acuerdo a lo visto en el acápite anterior, la LDC se integra con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo final, pueden presentarse, ciertamente, conflictos normativos.

La integración normativa requiere entonces de una previsión adicional: la cláusula de cierre interpretativo. La misma es brindada por el mencionado art. 3 de la LDC, que expresamente dispone que en caso de duda, se aplicará la norma más favorable al consumidor.

Este *in dubio pro consumidor*, en la interpretación de la ley, deviene en pieza clave para el funcionamiento del sistema normativo de consumo ya que trae seguridad jurídica a los operadores del derecho y sus destinatarios y guarda estrecha coherencia con la teleología tuitiva propia de las normas de consumo.

#### C. 4. Regulaciones específicas

A diferencia de los códigos decimonónicos, las normas reguladoras de derechos de tercera generación ponen el acento en la prevención y no solo en la reparación. Por eso, la norma de rango legal que específicamente se ocupa de las relaciones de consumo (la LDC), contiene una serie de previsiones de naturaleza preventiva, protectora y reparadora.

En ese talante dispone en su art. 5 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”.

Seguidamente, el art. 6 establece: “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 y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos. En tales casos debe entregarse un manual en idioma nacional sobre el uso, la instalación y mantenimiento de la cosa o servicio de que se trate y brindarle adecuado asesoramiento. Igual obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo los sujetos anunciados en el art. 4º –léase proveedores– responsables del contenido de la traducción”.

También el art. 28 resalta la faz preventiva de la ley al disponer: “Los usuarios de servicios públicos que se prestan a domicilio y requieren instalaciones específicas, deben ser convenientemente informados sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos”.

Por su parte, el Decreto 1798/94 ya mencionado, establece en su art. 4 que: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.



Se debe resaltar que al tratarse de una ley de orden público, las disposiciones contenidas en la LDC no pueden ser dispensadas, lo que incluye con mayor énfasis las referidas a la salud, habida cuenta de que se trata de un derecho fundamental de rango constitucional.

Especial importancia adquiere este ordenamiento respecto de la salud en el marco de la actividad privada. Esto porque la LDC regula sobre el contenido de los contratos y establece un régimen de protección –a la vez preventivo– respecto de la abusividad contractual.

Una nota característica de los contratos de medicina prepaga es la adhesión. Esta modalidad propia de las relaciones de consumo modernas repercute en la libertad contractual al restringir la autonomía de la voluntad del consumidor o usuario y al posicionar al predisponente de manera ventajosa. Por esta razón, la L.D.C. contiene una serie de normas específicamente destinadas a resolver este problema. Así, su art. 37 dispone: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a)** Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b)** Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c)** Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se atenderá a la que sea menos gravosa.

En caso de que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración, o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”.

Debe remarcarse la diferencia en los efectos de la nulidad en el Código Civil respecto de la LDC. En este último ordenamiento, la nulidad de una o más cláusulas no acarrea la de todo el contrato. Ciertamente es una decisión de política legislativa acertada que es visible en materia de contrato de salud, donde la vigencia del contrato es el interés mayor del consumidor, parte débil de la relación. En este sentido, la solución del derecho clásico resultaba a todas luces inapropiada respecto de la finalidad protectora del derecho del consumo.

El art. 38 de la LDC complementa al anterior en los siguientes términos: “Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios. La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas

en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

Una de las funciones más jerarquizadas de la autoridad de aplicación de la ley es precisamente la que surge del artículo antes transcripto. En efecto, realizar el control de abusividad de cláusulas había sido siempre una función netamente reservada a la órbita del poder judicial. Sin embargo, desde la sanción de la LDC esa labor es complementada por la autoridad administrativa y con efecto general –afecta a todo el grupo o colectivo de consumidores contratantes con el proveedor cuyo contrato predispuesto se examina–, lo que implica un avance significativo para la efectividad del régimen tuitivo.

De más está decir que la anterior decisión es susceptible de revisión judicial posterior, en el marco del respeto por la garantía constitucional de acceso a la jurisdicción.

A su vez, el art. 39 de la LDC establece: “Modificación Contratos Tipo. Cuando los contratos a los que se refiere el artículo anterior requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, esta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación”.

La norma establece una previsión aplicable a todos aquellos contratos que requieran una aprobación previa y remarca la necesaria coordinación inter-organismos a fines de efectivizar el control de contenido de dichos contratos.

Resulta conveniente recordar aquí las disposiciones que surgen del Decreto Reglamentario 1798/94, reglamentario de la LDC ya que este, en su artículo 37 define las cláusulas abusivas como aquellas “que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes”; y asimismo, en su artículo 38 dispone que “la Autoridad de Aplicación notificará al proveedor que haya incluido cláusulas de las previstas en el artículo 37 que las mismas se tienen por no convenidas y lo emplazará a notificar tal circunstancia al consumidor de manera fehaciente y en el término que dicha autoridad le fije. En caso de incumplimiento será pasible de las sanciones previstas por el artículo 47 de la Ley N° 24240”.

El régimen regulatorio de los contratos de consumo hasta aquí reseñado es el aplicable en la actualidad a los contratos de servicios de salud, sin perjuicio de la normativa general y/o especial en la materia que por imperio del art. 3 de la L.D.C. ut supra explicado se integre al mismo –v.g., el P.M.O.–.

### 3. LOS NUEVOS DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN

La salud plantea conflictos interdisciplinarios que el derecho es llamado a reglar. Se trata de situaciones de variada índole que requieren de su estudio, monitoreo de evolución y en consecuencia, indican la necesidad de adaptación del derecho a las nuevas realidades y requerimientos sociales.

Dentro del amplio espectro de circunstancias mencionadas encontramos problemas asociados a los avances en el campo médico, donde la ciencia plantea conflictos que socavan los criterios mismos tenidos en cuenta por el legislador decimonónico respecto del comienzo de la existencia de la persona humana y la protección de su vida y derechos inherentes a la misma. La bioética aparece aquí como una disciplina de vanguardia cuyo desarrollo urge a fin de lograr una regulación que dote de seguridad jurídica razonable las conductas humanas que se desarrollen en este marco. Complejidades como las que presentan la procreación asistida, la ingeniería genética, la manipulación de embriones y la utilización de células madres; todas cuestiones inherentes al desarrollo de la ciencia llaman al derecho a avanzar en un grado de vertiginosidad que no le es propio -o que no le ha sido hasta el presente-, pero cuya necesidad actual es indiscutible.

Asimismo, el debate sobre situaciones límite como la prolongación artificial de la vida, la eutanasia y el aborto son temas sobre los cuales la sociedad se debe un debate interdisciplinario sincero y profundo, presupuesto de base de cualquier regulación normativa con pretensión de efectividad.

Confluyen en esta problemática las relaciones de consumo vinculadas a la salud, entre ellas, las concernientes a las consecuencias jurídicas de los riesgos del desarrollo y los contratos de consumo.

En un exhaustivo e interesante trabajo, Garrido Cordobera y Busto Lago<sup>327</sup> distinguen y analizan pormenorizadamente las distintas clasificaciones de riesgos y las implicancias de orden social que justifican su tratamiento jurídico diferenciado. Así, delimitan el riesgo del desarrollo, siguiendo a López Cabana y Goldenberg, identificándolo con la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañinidad. Seguidamente, remarcan la diferencia de los anteriores con las lagunas normativas, tema introducido por la doctrina alemana que refiere a los riesgos que están asociados a un producto, pero que resultan inevitables, siendo conocido que el producto es potencialmente dañino, careciendo de medios para evitar el daño y cuya autorización de comercialización proviene del interés social. Por su parte, lo anterior debe diferenciarse, ciertamente, de los defectos del desarrollo en los que

---

<sup>327</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia y BUSTO LAGO, José Manuel. *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y derecho español*. Madrid: Reus, 2010.

se ignora el carácter defectuoso del producto, y por esta razón tampoco se conoce su carácter dañino.

Nuestro régimen jurídico de consumo contiene una previsión expresa sobre estos temas. Se trata del art. 4 del Decreto 1798/94 ya mencionado, el cual dispone expresamente: "Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes". Esta disposición genera la carga obligacional de retiro del mercado de todo producto o servicio cuya peligrosidad se hubiere conocido con posterioridad a su comercialización, siendo necesario, a su vez, la comunicación de la situación a la autoridad de aplicación de la ley.

Desde el ámbito de la responsabilidad civil, Garrido Cordobera y Busto Lago entienden que respecto de las lagunas del desarrollo se está frente a un incumplimiento del deber de informar al consumidor, sin perjuicio de la posible responsabilidad del Estado derivada de su función de contralor y autorización para la comercialización de los productos al mercado.<sup>328</sup> Este criterio que aquí se comparte, tiene su fundamento en que el deber de información respecto de la potencialidad dañosa deviene obligación principal en el marco del derecho del consumo, por imperio de lo dispuesto en el art. 42 de la Constitución Nacional y de los artículos 4, 5 y 6 –recordemos de orden público– de la LDC.

Recuerdan también los mencionados autores, que sin perjuicio de lo anterior, en el marco del derecho del consumo –aquí y en la legislación comparada– prima el factor de atribución objetivo –y solidario, agregamos–, que es el idóneo para proteger a las personas de los riesgos creados por la tecnología moderna y por el complejo sistema de producción masiva, por lo que se abandona, en no pocos supuestos, toda distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual.<sup>329</sup>

Todo ello sin perjuicio del amplio debate doctrinario que la temática de la reparación al consumidor por los riesgos del desarrollo genera, dada la insuficiencia de los límites tradicionales que la responsabilidad civil tiene para atender aceptablemente este tipo de moderna problemática.

Se hace necesario aquí inclinarnos por propiciar la aplicación del principio precautorio<sup>330</sup> en cuanto a la protección de la vida y la salud, y desde lo contractual,

<sup>328</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia y BUSTO LAGO, José Manuel. *Op. cit.*, p. 50, citando a LAMBERT-FIEBRE, Ivonne. "La Responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el Derecho de la Unión Europea" en *Responsabilidad por daños en el tercer Milenio*. Bs As: Abeledo Perrot, 1997.

<sup>329</sup> Ya la doctrina, desde los albores de nuestra recepción legal del derecho del consumidor, hablaba de "responsabilidad negocial". Ver FARINA, Juan. *Defensa de los usuarios y consumidores*. Astrea, 1994.

<sup>330</sup> Recuerdan Garrido Cordobera y Busto Lago, en la obra antes citada, que: "Podemos decir que lo que sostiene al principio de precaución es la idea fuerza o base de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aún científicamente comprobado de modo indubitante, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y solo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta aquí frente a un riesgo actual".

ahondar en la aplicación del régimen tuitivo de derecho de consumo que ya se encuentra vigente en nuestro país, tanto respecto de sus principios como de sus instituciones fundamentales.

#### 4. CONCLUSIONES FINALES

La problemática de los riesgos del desarrollo y los avances científico-tecnológicos que tratamos en el acápite anterior involucran una serie de dimensiones que exceden el marco contractual de una mera relación de consumo para proyectarse en las instituciones sociales y jurídicas que deberán velar por un ejercicio ético de la ciencia y respetuoso de la dignidad del individuo.

El derecho está llamado a plasmar el consenso que rige la vida de la sociedad de una manera muy distinta a la que estamos acostumbrados. Las instituciones del derecho de familia han quedado insuficientes, por mucho, para ordenar la convivencia y hasta para reconocer la misma existencia de un ser como persona humana.

La contratación de un servicio de congelamiento de embriones es un contrato de consumo; nadie podría negar esta realidad desde la técnica jurídica. Sin embargo, reducir a las normas del derecho privado, por más tuitivas que sean, esta singular relación contractual es a todas luces un simplismo inaceptable tanto ética como humana y jurídicamente. Lo mismo sucede con la investigación con células madre, donde los mayores problemas ético-jurídicos refieren a su obtención y a su utilización.<sup>331</sup>

En este contexto, el debate sobre los avances y desafíos que plantea el derecho a la salud y sus interrelaciones con otras disciplinas es imposterizable.<sup>332</sup> En síntesis, la sociedad avanza a una velocidad que el derecho necesita alcanzar con rapidez si deseamos habitar en un mundo con normas jurídicas vivas.

---

<sup>331</sup> Sobre el particular, ver CASADO, María. "Células madre, pre-embriones y pseudoembriones: problemas bioéticos en torno a la obtención de células madre" en *Nuevos temas de Derecho Económico, Propiedad Intelectual y Bioética (Homenaje a Salvador Darío Bergel)*. Buenos Aires: La Ley, 2008.

<sup>332</sup> Se ha dicho que "al margen de cuestiones más o menos filosóficas o teológicas, hay un espacio común en el que podemos converger creyentes y no creyentes, cristianos o no cristianos, más allá de definiciones más o menos aceptadas. Este espacio es la conducta que consideramos ética en su acepción más fuerte, normativa, que posibilita alcanzar acuerdos con carácter universalizable: es decir, la conducta ética que nos interpela directamente, en la defensa y promoción de los derechos humanos. Sin ello, las palabras sobre dignidad pueden sonar a vacías de contenido real". (en FABRE, Francesc Abel. "La vida y su desarrollo. El embrión humano. Análisis crítico de la razón bioética" en *Bioética y Derechos Humanos, Revista Jurídica de Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot*, 2.006., p. 19.

## HISTORIA CLÍNICA

**Juan Manuel Prevot (\*)**

### I. NOCIÓN CONCEPTUAL. DISTINTOS ENFOQUES

La voz “historia clínica” es plausible de diversas acepciones, según se la aprehenda desde una perspectiva médica, jurídica, normativa o filológica.

Desde una perspectiva médico-científica, podría aventurarse que la historia clínica es la forma de instrumentar por escrito todo acto médico o paramédico suministrado al enfermo (esto es, todo lo relativo a la salud del paciente).

La historia clínica representa, entonces, “una narración de todos los hechos sucedidos durante toda la relación médico-paciente, comprensiva del diagnóstico, el pronóstico, la terapia o tratamiento y la evolución de la enfermedad del paciente”<sup>333</sup>; o si se prefiere, “el documento en el que se dejan constancias de los acontecimientos principales del acto médico y de la enfermedad del paciente”<sup>334</sup>. De ahí que su utilidad como instrumento para el buen ejercicio sanitario, es lisa y llanamente, innegable.

Desde el punto de vista jurídico, cabe resaltar su rol probatorio a la hora de juzgar responsabilidades. Ello se debe, en buena medida, a sus dotes de coetaneidad, completitud, precisión y claridad con los cuales se asientan -o deberían asentarse- todos y cada uno de los actos realizados en procura del bienestar del paciente.

Corresponde remarcar, por consiguiente, su aptitud para reconstruir el curso causal de los acontecimientos. Constituye un medio de prueba de vital importancia pues ningún abogado debería promover una demanda por responsabilidad civil médica sin antes haber examinado en detalle la historia clínica de su cliente, por un profesional idóneo en la materia.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que “la constancia documental que emana de la historia clínica se convierte en un instrumento de decisiva relevancia para la solución de un litigio de mala praxis, ya que es un medio de prueba que permite observar la evolución médica del paciente, califi-

---

(\*) *Abogado especialista en derecho de daños. Docente Adjunto de Derecho civil II (Obligaciones) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos (UCU).*

<sup>333</sup> CALVO COSTA, Carlos. *Daños ocasionados por la prestación médico asistencial*. Bs. As.: Hammurabi, 2007, p. 229; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica*. Bs. As.: La Ley, 1995-D, 549.

<sup>334</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa fe: Rubinzal Culzoni, 1997, t. II, p. 243; VAZQUEZ FERREYA, Roberto. *La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica*. Bs. As.: La Ley, 1996-B, 807.

car los actos médicos realizados conforme a estándares y cooperar para establecer la relación de causalidad entre el hecho de la persona o de la cosa y el daño”.<sup>335</sup>

En lo que hace a su regulación normativa, nos remitimos al acápite X donde hemos abordado el tema.

Lingüísticamente, la unión de las voces historia clínica se presenta como un sintagma divisible compuesto de dos unidades sinalagmáticas, cuya conjunción, de acuerdo con el diccionario terminológico de ciencia médicas, consiste en la relación ordenada y detallada de todos los datos y conocimientos -tanto anteriores (personales y familiares) como actuales- relativos a un enfermo, que sirven de base para el juicio acabado de la enfermedad actual.<sup>336</sup>

## II. CARACTERIZACIÓN

Sentado su don de herramienta interdisciplinaria, queda por remarcar cuáles son las notas que lo tipifican, veamos:

*a) Materialidad.* Ante todo, se trata de un objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro una serie de hechos percibidos en el momento de su confección.

La debida y correcta inserción de todos y cada uno de los datos relativos al paciente será de vital importancia para determinar, en un posible pleito de responsabilidad, si el médico obró con prudencia y previsión y si realizó, por ejemplo, todos los estudios, exámenes y controles que tenía a su alcance, etc.

*b) Simultaneidad.* Sabido es que en ella se asientan -o deberían asentarse- en forma cronológica (esto es, simultáneamente) una serie concatenada de datos y actos relativos al paciente; de allí su carácter insoslayable.

*c) Completitud.* Por otra parte, en ella debe necesariamente constar todo (y absolutamente todo) lo que hace a la salud, estado y atención del paciente, exigiéndose sea redactada en forma prolija, entendible, minuciosa, armónica, clara y precisa.

---

<sup>335</sup> C.S.J.N., 04/09/01, “Plá, Siloio Roberto y otros c. Clínica Bazterrica S.A. y otros”, Fallos: 324:2689.

<sup>336</sup> En sentido similar, se dice que gramaticalmente “historia” es la narración verdadera de sucesos pasados o acaecidos y “clínica” es una voz que significa al lado o junto a la cama del paciente. La historia clínica, sería entonces la narración verdadera de sucesos acaecidos junto a la cama del paciente (DO PICO, Juan. “Reflexiones sobre la historia clínica. Protocolo indispensable para poner a salvo la responsabilidad de médico” en Revista de Asociación Médica Argentina, n. 2, 1997, Vol. 110, p. 40).

En lo que a su contenido respecta, la historia clínica debe comprender todo lo concerniente al interrogatorio previo, el diagnóstico presuntivo, el tratamiento, el control, la evolución y el alta médica. Concretamente, resulta fundamental que el facultativo vuelque en ella la totalidad de las circunstancias en torno a la salud del paciente, tales como los resultados de los estudios complementarios que se le han realizado, la evolución que ha ido presentando el enfermo, el detalle de la medicación que se le ha suministrado, etc. Inclusive, el consentimiento informado si se le debe realizar alguna práctica invasiva al enfermo. También es muy importante detallar allí todas las derivaciones que se han efectuado del paciente hacia especialistas y, sobre todas las cosas, de existir actos quirúrgicos, se debe pormenorizar toda la información relativa a la realización de dicho acto.<sup>337</sup>

*d) Unilateralidad.* La historia clínica es, en gran parte, un documento de carácter eminentemente unilateral, confeccionado y redactado solamente por los profesionales de la salud y demás personal paramédico. Sin embargo, ello no influye en su aptitud probatoria, ni sus restantes dotes científicos, estadísticos, etc.

### III. PROPIEDAD

Es indudable que la historia clínica se realiza teniendo como meta esencial mejorar, preservar o sanear la salud del paciente; se redacta en beneficio del paciente. Sus datos se refieren a la identificación, a su estado de salud, a su intimidad, a la aplicación de distintos métodos terapéuticos sobre su persona, a su evolución, etc. De ahí que es indudable que este es el propietario de su contenido.

Quizás las discusiones sobre quién es su propietario radican en no distinguir entre la información que surge de la historia clínica -que es propiedad exclusiva del paciente- y el papel o formato en el cual se materializa el contenido de la misma. Esta postura ecléctica permite conciliar los intereses del centro asistencial que es quien la elabora y tiene a su cargo su cuidado y conservación, con los fines propios del documento -sanitarios, científicos y estadísticos- y con los derechos del paciente.

### IV. MODOS DE ACCESO EN CASO DE NEGATIVA

*a) Diligencias preliminares.* En primer lugar, puede accederse vía diligencia preliminar, en tanto ellas tienen por objeto asegurar a las partes la idoneidad y la precisión de sus alegaciones, lo que les permite el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con la mayor exactitud posible los elementos de su fu-

---

<sup>337</sup> CALVO COSTA, Carlos. *Op. cit.*, p. 228; LORENZETTI, Ricardo. *Op. cit.*, p. 243.



tura pretensión u oposición, o la obtención de medidas que faciliten los procedimientos ulteriores.

Comprenden dos grandes categorías: unas destinadas a constituir el futuro juicio con el máximo de regularidad y eficacia, deduciendo la demanda con la mayor precisión posible sea respecto de la individualización de los sujetos como de la determinación del objeto litigioso; las otras, en cambio, persiguen la producción anticipada de prueba.

De lo dicho se desprende que las diligencias preliminares –género– pueden diferenciarse simplemente sobre la base de su finalidad preparatoria o conservatoria. Ambas solo son admisibles ante la eventual interposición de una pretensión de conocimiento, aunque las conservatorias pueden ser impetradas con posterioridad a la interposición de la demanda.

Las medidas o diligencias preparatorias están dirigidas a preparar el proceso para que quede regularmente constituido, para que se simplifique el trámite del futuro juicio o para que se asegure la representación. Esto brinda a las partes la posibilidad de llegar a conocimientos de determinados hechos, circunstancias o informaciones indispensables que no podrían obtenerse –o sería sumamente dificultoso– sin la intervención judicial; les asegura además la idoneidad y precisión de sus alegaciones permitiéndoles el acceso a elementos de juicio susceptibles de delimitar con mayor exactitud posible los elementos de su futura pretensión u oposición o medidas que faciliten los procedimientos ulteriores.

Por ende, los datos obrantes en la historia clínica perfectamente podrían obtenerse a través de esta medida, toda vez que su finalidad esté en la necesidad de recabar una serie de datos y/o elementos tendientes a esclarecer, obtener y/o conocer ciertos hechos, circunstancias y/o informaciones relacionados a una presunta mala práctica médica llevada a cabo por él o los galenos, y delimitar las personas contra las cuales se enderezará la pretensión.

En cambio, si lo que se pretende es evitar que con el transcurso del tiempo que insumiría la interposición de demanda o que una vez que la contraria tome conocimiento de la misma, se reconstruya, modifique y/o altere la historia clínica que por lo general obra en su poder, debe echarse mano a medidas de tipo conservatorio como la producción de prueba anticipada.

Si de lo que se trata es de conocer los límites dentro de los cuales el actor podría llegar a enderezar una futura pretensión, el cauce procesal idóneo estaría dado por las medidas preparatorias, por el contrario, si de lo que se trata es de asegurar –por razones de urgencia o peligro– la prueba de un ulterior proceso, resultan más adecuadas las medidas de prueba anticipada.

Para la procedencia de este tipo de medidas no es imprescindible que los datos, hechos necesarios o indispensables para la constitución válida de la litis, no puedan obtenerse sin la actuación judicial. El criterio jurisprudencial según el cual se exige como requisito de admisibilidad de la diligencia, se demuestre de manera cabal que se han agotado todos los recursos extrajudiciales existentes para su

obtención –en nuestro caso, la prueba por escrito de que el médico o ente asistencial, pese a nuestra intimación, se ha negado a entregar copias debidamente certificadas de la historia clínica– no es dominante, ni el que mejor se condice con la naturaleza del instituto en cuestión.<sup>338</sup>

Como medida preparatoria se petitionará ante los estrados judiciales que se intime al poseedor del documento clínico –por cédula u oficio– a la entrega de copias certificadas del mismo, otorgando un plazo en el cual se deberá acompañar al expediente la documentación referenciada. De no mediar respuesta alguna, entendemos que corresponde librar mandamiento facultando al oficial de justicia –quien podrá requerir el auxilio de la fuerza pública– a secuestrar<sup>339</sup> u obtener fotocopias autenticadas de toda la documentación detallada por el actor. Idéntica solución debe propiciarse para el caso en que el intimado acompañe parcialmente la documentación requerida.

Siempre se deberá obtener, sea por intimación o por secuestro, copias certificadas del documento clínico, quedando en poder del establecimiento el documento original. Primero, porque la titularidad del documento –no de su contenido– pertenece al ente. Segundo, porque de lo contrario, se estaría vedando el derecho de defensa en juicio, lo que obligaría al profesional a recurrir una y otra vez ante el tribunal a consultar los datos allí obrantes. Tercero, porque se estaría desnaturalizando la finalidad conservatoria de la medida y, cuarto, porque se impediría al ente conservar el documento por el plazo que la ley o los usos le cargan.

Como consecuencia de lo expuesto, pueden darse tres supuestos: 1) el oficial de justicia secuestra la historia clínica original que será agregada al expediente, quedando a disposición de la parte interesada la extracción de copias y la solicitud de certificación por la actuaria, 2) el oficial de justicia secuestra la historia clínica y dentro –o en las inmediaciones del ente asistencial– obtiene copias del mismo, el cual una vez certificado por el director o autoridad competente, se incorpora al expediente y, 3) cuando fotocopiada la misma es el propio oficial de justicia quien debe proceder a su certificación por no haber o por negarse la autoridad competente a hacerlo.

Puede ocurrir también que el juez, al proveer la petición preliminar, se expida al respecto especificando si corresponde certificar la original o las copias de la misma.

El retiro de las piezas originales de las historias clínicas tiene su justificativo cuando es necesario realizar pericias caligráficas de sus anotaciones y/o firmas, lo cual

---

<sup>338</sup> LÓPEZ MIRO, Horacio. *Responsabilidad civil médica*. Rosario: Zeus, 2006, p. 72.

<sup>339</sup> *Es muy probable que el juzgado de la causa no autorice, por la razón que fuere, el secuestro del original de la historia clínica; es menester entonces que el abogado de la actora haya previsto esa posibilidad y pida, desde el inicio, que alternativamente se obtengan fotocopias auténticas de toda la documentación. De la misma manera es harto factible que el personal del nosocomio exprese al Oficial de Justicia que se acata a la orden judicial y que impartirán instrucciones para que se inicie el fotocopiado de la historia clínica, copias éstas que serán luego entregadas a quien correspondiere. Así: LÓPEZ MIRO, Horacio. Op. cit., p. 72.*

no podría ser eficazmente realizado sobre copias simples, siendo de suma importancia contar con la escritura original.

b) *Secuestro*. En aquellos supuestos en los que aquellos que vayan a ser parte de un proceso de conocimiento tuvieran motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa<sup>340</sup>, la historia clínica debe ser secuestrada del médico, ente asistencial u obra social, mediante una orden judicial y por medio del oficial de justicia competente.

Si el fundamento ante este tipo de medida consiste en evitar que el documento sea adulterado o mutilado, es lógico que se trate de evitar la menor sospecha posible y se caiga de sorpresa<sup>341</sup>, dándose noticia solo al defensor oficial quien tendrá a su cargo verificar que se cumplan los requisitos legales y que no se cometan arbitrariedades.

Evidentemente existen determinados casos en los que, si la contraparte es avisada con anticipación a la producción de la prueba, se corre el riesgo que justamente se trata de evitar, a saber: que desaparezca o sea alterada la situación de hecho objeto de prueba o la prueba misma.

Por tales razones, en los casos donde la historia clínica reviste el carácter de prueba crucial e insustituible dada su esencial influencia en la pericial médica, se admite la producción anticipada de prueba sin previo conocimiento del adversario. No debe confundirse la figura del secuestro como medida precautoria con la del secuestro como vía idónea para producir una prueba anticipada.

Cuando, por existir razones serias que ameriten obtener antes tempu cierta y determinada prueba -v. gr.: historia clínica- so riesgo de pérdida u adulteración, el secuestro como conducto a través del cual se materializa la producción anticipada de prueba no reviste el carácter de medida cautelar, puesto que en realidad estamos en presencia de una prueba documental que es incorporada al proceso mediante el desapoderamiento que se efectúa a quien la tiene secuestrada.<sup>342</sup>

Aconsejamos también, en este tipo de situaciones, proceder a detallar toda la documentación clínica que se pretende secuestrar, dado que abundante docu-

---

<sup>340</sup> *Negada su entrega –de manera expresa o tácita–, y luego de ser intimada, deberá tenerse por acreditada la sospecha de adulteración y/o destrucción total o parcial del documento clínico, quedando expedita para el paciente la diligencia preliminar que estime más pertinente.*

<sup>341</sup> *El secuestro de la historia clínica como medio de cumplimentarse una petición cautelar, una diligencia preparatoria o conservatoria –cuyos límites muchas veces se confunden o superponen en el derecho procesal–, resulta de mayor utilidad que el requerimiento vía oficio o cédula solicitando su entrega inmediata, ya que elimina casi todas las posibilidades de adulteración o desaparición.*

<sup>342</sup> *Como principio general la prueba anticipada secuestro de la historia clínica debe efectuarse con intervención del eventual contradictor, o en su caso, de la parte contraria, pero cuando resultare imposible por razones de urgencia, se “citará” al defensor oficial. En consecuencia, el defensor no deberá contestar ningún traslado, ni evacuar ninguna vista, solamente basta con su oportuna notificación en el expediente. De sostenerse lo contrario, se vería desnaturalizado el instituto.*

mentación, que muchas veces damos por sentado pertenece a la historia clínica -según los usos y costumbres del lugar-, puede que no forme parte de la misma. Corresponde entonces precisar qué documentación se pretende sea incorporada al proceso mediante el trámite preliminar, incluyendo -a todo evento- aquellos documentos que se tenga duda sean integrantes del documento sanitario (por ejemplo, el protocolo quirúrgico, el libro de guardia, el parte anestésico, el consultorio externo, etc.).

Por otro lado, no pocas veces se ha recurrido a la figura del secuestro en sede penal como medida coercitiva para la adquisición material del documento clínico. Pero el mismo, ante todo, requiere de un acto jurisdiccional que recepte la noticia criminis y dé inicio al procedimiento instructorio. El anociamiento del hecho considerado delictuoso en la mayoría de los casos llega a través de una denuncia realizada ante la policía, la fiscalía o el tribunal.

El secuestro de la historia clínica puede ser solicitado por el agente fiscal al requerir se forme causa, o por el juez de instrucción al avocarse y disponer medidas de mejor proveer, o por el funcionario policial que tiene a su cargo la investigación prevencional o inclusive por la víctima o los herederos forzosos que se constituyan en querellantes particulares o particulares damnificados.

c) *Habeas Data*. A la luz de lo prescripto por las Leyes 25326 y 26529 su utilidad como medio idóneo para poder acceder, actualizar, corregir, asegurar o cancelar datos o información existente en este documento clínico, es evidente y manifiesta. En base a ello, podemos afirmar que: a) las constancias insertas en la historia clínica son datos sensibles, en la terminología de la Ley<sup>343</sup>; b) los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a la ciencia 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 hubiesen estado bajo tratamiento de aquellos, respetando los principios del secreto profesional, c) el paciente titular de datos<sup>344</sup> o sus sucesores universales<sup>345</sup> pueden solicitar información al ente asistencial responsable de los datos<sup>346</sup>, previa acreditación de

---

<sup>343</sup> *Se entiende por datos sensibles aquellos "datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o la vida sexual" (art. 2° Ley 25326).*

<sup>344</sup> *Es toda persona física o de existencia ideal con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, cuyos datos sean objeto del tratamiento que se refiere la presente Ley (art. 2° Ley 25326). Asimismo, la acción de protección de datos podrá ser ejercida por el afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas físicas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por intermedio de apoderado. Cuando la acción sea ejercida por personas de existencia ideal, deberá ser interpuesta por sus representantes legales, o apoderados que éstas designen al efecto. En el proceso podrá intervenir en forma coadyuvante el Defensor del pueblo (art. 34 Ley 25326).*

<sup>345</sup> *"El acceso al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponde a los sucesores universales" (art. 14, inc. 4° Ley 25326).*

<sup>346</sup> *Es la persona física "médico" o de existencia ideal "institución asistencias pública o privada" que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos "historia clínica" (art. 2° Ley 25326).*

su identidad<sup>347</sup>, d) el ente sanitario deberá suministrar la información dentro de los diez días corridos de ser intimado fehacientemente, y vencido el plazo sin que satisfaga el pedido o de hacerlo de manera insuficiente, quedará expedita la acción de protección de datos personales o de habeas data prevista por la Ley y, e) el trámite procesal al cual se halle supeditada la acción dependerá de la legislación existente en cada provincia.

Un escollo, sin embargo, que presenta el *habeas data* como móvil de acceso a la información contenida en la historia clínica es que, como requisito de admisibilidad de la acción, debe intimarse de manera fehaciente por diez días corridos al ente asistencial para que entregue copias certificadas de las mismas.

## V. VALOR PROBATORIO

La historia clínica es un documento cuya importancia trasciende lo meramente terapéutico. A través de sus datos, asentados en forma cronológica, se pretende reconstruir históricamente todo lo sucedido en la atención al paciente, para así tratar de dilucidar *-ex post facto-* si existe responsabilidad del profesional y/o del ente asistencial.

Constituye, además, la plataforma fáctica sobre la cual el perito podrá elaborar su dictamen. Piénsese que de no contar con tal documento, primero el perito y luego el juez, dada la concatenación indefinida de actos, la cantidad de sujetos involucrados, la complejidad de las técnicas, la aparatología y medicamentos utilizados, etc., le sería prácticamente imposible reconstruir la cadena causal de los hechos, más aún en este tipo de procesos en los que, a diferencia de otros, la mayoría de los restantes medios probatorios resultan, por lo general, intrascendentes. Así por ejemplo, salvo casos excepcionales, los testigos ofrecidos no han presenciado en forma directa los acontecimientos, como aquél que al circular por la acera ve cómo es embestido un peatón.

La historia clínica debe interpretarse de conformidad con el detalle, la integridad y la continuidad secuencial de sus asientos. Así, las omisiones, las ambigüedades, las discontinuidades, los calaros o enmiendas y los defectos que presente originan presunciones desfavorables al médico, quien tendrá a su cargo la prueba tendiente a desvirtuarla.

Con respecto al valor que tenga la historia clínica redactada o confeccionada en forma incompleta, se debe distinguir el tipo y la magnitud de los defectos que ostente la misma, no obstante resultar evidente que su imperfecta redacción o confección privan al paciente de un crucial elemento de juicio para constatar

---

<sup>347</sup> Es la persona física "médico" o de existencia ideal "institución asistencias pública o privada" que es titular de un archivo, registro, base o banco de datos "historia clínica" (art. 2º Ley 25326).

los presupuestos que darán sustento a su pretensión, por lo que se quebranta el deber de colaboración que debe existir por parte del accionado para facilitar la prueba, se incumple el deber de información que pesa sobre el profesional y por consiguiente se menoscaba el derecho del paciente a ser informado y a acceder al documento clínico.

En este orden de ideas tenemos:

1. La historia clínica *incompleta o inexacta* que se caracteriza por la omisión, la ausencia o la carencia de datos meramente relevantes, como las simples omisiones en las que hubiese incurrido el médico al redactarla. En estos supuestos el médico obra de manera negligente, omite u olvida asentar un dato que debió haber agregado, o sea, hace menos de lo debido.

2. La historia clínica *irregular*, que a diferencia de la que se confecciona en forma incompleta, requiere serias deficiencias, faltas sustanciales, manifestándose por lo común en datos inexactos o inexistentes; es el típico caso de la historia clínica adulterada. Aquí se admite tanto la figura dolosa o culposa.

En cuanto a los efectos jurídicos que producen unas y otras -incompletas o irregulares-, ante todo deberá estarse a su trascendencia causal, es decir, a confrontar si el hecho, circunstancia, acto médico o paramédico omitido, redactado parcial o erróneamente, tiene entidad o aptitud suficiente para generar el resultado según las reglas normales de la experiencia.

Este elemento conformará un fuerte indicio para tener por probada la relación causal<sup>348</sup>, que por sí sola será insuficiente; deberá ser conjugado necesariamente con otros indicios o presunciones.<sup>349</sup>

Existe una zona gris entre lo incompleto, lo irregular y lo inexacto. Resulta difícil precisar cuál es el límite que separa cuando el documento clínico fue redactado en forma completa, regular, legible, veraz, integral, etc.; cómo deben ser consideradas las diferentes caligrafías, los borrones, las enmiendas, las tachaduras, los agregados ectópicos, la presencia de diferentes tintas y las páginas faltantes.

Cualquiera de estas omisiones produce idénticos efectos jurídicos: presunciones en contra del médico o de la entidad asistencial, claro está, repetimos, siempre que exista un vínculo causal entre el dato omitido o consignado irregularmente y el resultado dañoso que se imputa.<sup>350</sup>

---

<sup>348</sup> KEMALMAJER DE CARLUCCHI, Aída. "Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica", en JA, 1992-II, 815.

<sup>349</sup> Las historias clínicas redactadas o confeccionadas de manera incompleta o irregular constituyen un fuerte indicio para tener por presumida la existencia del nexo causal y la culpa médica, aunque por sí solas no tienen entidad suficiente para tener por acreditados tales presupuestos, sino que deben aportarse otros elementos que coadyuven a su demostración.

<sup>350</sup> CALVO COSTA, Carlos. *Op. cit.*, p. 238.

## VI. AUSENCIA Y PÉRDIDA

Distinto es el caso en que no existe el documento, donde independientemente de la responsabilidad que pudiera haber sobre el director, jefe o en quien este haya delegado la función, se priva al paciente de contar con el elemento de prueba más importante para la viabilidad de su pretensión. Hasta aquí vemos que la diferencia con las historias clínicas confeccionadas en forma incompleta, en cuanto a los efectos jurídicos que generan, radica en que la inversión de la carga probatoria está condicionada a que exista un vínculo causal entre el dato omitido, incompleto o irregular y el resultado adverso que se juzga, en cambio, ante la inexistencia del documento clínico, la inversión de la carga probatoria se erige como una consecuencia inexorable.

Iguals implicancias tenemos ante la desaparición sospechosa. La pérdida misteriosa de la historia clínica, cuya custodia correspondía al nosocomio demandado, no puede redundar en detrimento del paciente.

Ante estas situaciones no es justo que el hospital o médico accionado solo responda por la pérdida de una chance. De ser así, bastaría a las clínicas con ocultar o hacer desaparecer la historia clínica cuando tengan el presentimiento de que existe mala praxis, si total, a todo evento, le correspondería resarcir la pérdida de chance de la prueba frustrada, y no el daño total causado por la mala práctica.

En cierta ocasión, la pérdida de la historia clínica fue punida a título de sanción ejemplar, señalándose que “si bien la pérdida o destrucción de la historia clínica -en el caso por una inundación del archivo- no puede conducir a una presunción absoluta a favor del paciente, hace surgir la responsabilidad de la institución que debía custodiarla cuando dicho documento es imprescindible para acreditar el nexo de causalidad entre el perjuicio -daño neurológico irreversible- y la actuación del facultativo, debiendo condenarse a la clínica a abonar una suma de dinero en concepto de sanción ejemplar -\$ 200.000- teniendo en cuenta los rubros de la demanda, las características de la enfermedad del paciente, los tratamientos necesarios y los peritajes médicos”.<sup>351</sup>

## VII. CONSERVACIÓN Y CUSTODIA

La desaparición de la historia clínica es una cuestión vinculada a la obligación de custodia y conservación de la misma. A pesar de que en nuestro orden jurídico positivo no existe una norma de alcance nacional que unifique el tema, sí

---

<sup>351</sup> C.S.J.N., 19/09/2002, “*Tesone de Bozzone, Marta P. y otro c/ K.G. y otro*”, RCyS, N° 6, p. 94, 2002.

existen, en cambio, decretos o resoluciones específicas a los que comúnmente se recurre por analogía.

Sea cual fuere el plazo durante el cual se deberá conservar la historia clínica de manera obligatoria, el mismo cuenta a partir del alta del paciente o de su fallecimiento, interrumpiéndose en el primero de los supuestos solo ante nuevas atenciones (consultas, exámenes, análisis, etc.) realizadas luego del alta médica.

El término de conservación por quince años es el que mejor se armoniza con el plazo de prescripción decenal para iniciar acciones de naturaleza contractual, que corre a partir del fallecimiento del paciente o desde la fecha en que se tiene –o puede tenerse– conocimiento de la causa del daño.

En efecto, podemos encontrarnos con un paciente que detecta el menoscabo una vez transcurridos tres años de la atención médica, teniendo recién a partir de allí, diez años para incoar la pretensión resarcitoria. Aquí, si la clínica tuviera la obligación de conservar la historia clínica nada más que por diez años, podría ocurrir que cuando se inicie el pleito esta ya no exista por disposición legal.

Otra situación peculiar acontece cuando el paciente fue dado de alta y al tiempo ingresa nuevamente al ente asistencial; en estos casos por razones económicas se utiliza la misma historia clínica, interrumpiéndose el plazo de conservación, pero ello no impele a que otros nosocomios conforme los usos y costumbres vigentes, confeccionen un nuevo documento clínico, amén del anterior, duplicándose la correlativa obligación de custodia.

## VIII. CONTENIDO

A grandes rasgos, digamos que de la historia clínica debe surgir tanto la evolución de la enfermedad como la conducta seguida por todo el equipo de salud. Así como para conocer a una persona necesitamos que nos cuente cosas de su vida, también a la persona enferma debemos conocerla recabando su pasado o biografía con aportes sobre su educación, es decir no solo la información, sino también la formación familiar y escolar, la acción social, la evolución deportiva, la preparación y actividad profesional, la iniciación y adaptación a la vida sexual, las actualizaciones de su aprendizaje, las características de sus amistades, los motivos de su afinidad, su participación religiosa, las ideas que tiene sobre sí mismo, los proyectos de vida que se formuló y sus adaptaciones en los distintos momentos y circunstancias.

Los datos de la historia clínica necesitan conciencia y lucidez. Cuando ella no exista se debe dejar constancia de la inconsciencia, confusión o alteración y, en caso de recurrir a un familiar, debemos hacer el registro de sus datos. A esta primera parte del examen médico deberán agregarse los datos encontrados en el examen clínico, las maniobras realizadas en busca de signos, los datos obtenidos mediante el uso de instrumentos de diagnóstico y los que se obtienen en el laboratorio, las



especialidades consultadas, los signos considerados de interés en un diagnóstico para afirmación o descarte de una enfermedad y que no se han encontrado.

Al diagnóstico semiológico seguirán el clínico con su etiología, el plan terapéutico y su seguimiento, evolución, datos pronósticos y resolución en forma de curación, cronicidad, secuela, invalidez, muerte, etc.

También la historia clínica debe tener registradas las alternativas de las indicaciones terapéuticas y no solo el tratamiento instituido, dado que este puede ser una alternativa razonable sobre otra, propuesta por razones que luego no se comprenden.

La doctrina resulta conteste en afirmar que deben obrar no solo los antecedentes del paciente y su estado actual en la historia clínica, sino también la ficha de anamnesis, los estudios ordenados y realizados, el diagnóstico, la terapia o tratamiento a aplicar, la evolución del paciente y los resultados logrados, la medicación suministrada; en caso de cirugía, el correspondiente protocolo quirúrgico donde deberá constar detalladamente la descripción del equipo médico interviniente, el parte anestésico, los estudios complementarios, la ubicación del paciente dentro del establecimiento asistencial, el personal médico y paramédico que lo ha atendido, etc.<sup>352</sup>

No obstante las exigencias internas que regulen al respecto, la historia clínica estándar debe contener el desarrollo pormenorizado -en forma legible, veraz, integral, contemporánea, clara y precisa- de toda la relación médico-paciente, desde su comienzo (interrogatorio previo) hasta su extinción (alta médica o muerte del paciente), demarcada por la completitud y permanencia, donde se asiente desde el mero acto administrativo a la más compleja intervención quirúrgica y donde se le anexe toda aquella documentación clínica complementaria como ser: el protocolo quirúrgico, el parte anestésico, las constancias de pedidos de interconsulta, los libros de enfermería con sus registros, etc.<sup>353</sup>

Es que a partir de su contenido el actor podrá demostrar los hechos alegados en su pretensión, el médico plantear su defensa, el perito *fundamentar* su dictamen y el juez, *fallar* conforme a derecho.

## **IX. BREVES REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE LA NUEVA LEY N° 26529 SOBRE LOS “DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLÍNICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO”**

a) *Definición*. El art. 12 de la nueva ley define la historia clínica como “el documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que conste toda la actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de las salud”. Se observa fá-

<sup>352</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Bs. As.: Hammurabi, 2001, p. 259; LORENZETTI. *Op. cit.*, p. 243.

<sup>353</sup> DE FALCO, Carlos. “La historia clínica como herramienta técnica para reflejar la praxis médica”, en DJ, 2005- 1, 1071.

cilmente, en la definición plasmada por el legislador, que la HC tiene como finalidad recoger y/o asentar de manera cronológica todos y cada uno de los datos sobre el estado de salud del paciente. De allí su aptitud para reconstruir el curso actual de los acontecimientos.

También queda claro que se trata de un documento (objeto material originado por un acto humano, susceptible de representar por sí mismo y para el futuro un hecho o una serie de hechos percibidos en el momento de su confección), obligatorio (la Ley viene así, por fin, a unificar a nivel nacional la obligación de confeccionar la HC. Es que, la entidad de los derechos que giran en torno a la HC exigen que este documento clínico sea doblemente regulado, tanto en su aspecto deontológico como jurídico), foliado y completo (con ello entendemos que debe ser redactada en forma prolija, entendible, minuciosa, armónica, clara y precisa). Más aún, la HC debe ser redactada en forma manuscrita por los profesionales y los auxiliares de la salud (excepto art. 13), además de fechada y firmada, y debe aclararse nombre y matrícula, conservar en especial la caligrafía, evitar tachaduras, enmiendas, borrones o espacios libres o en blanco.

*b) Titularidad.* La ley atribuye la titularidad del precitado documento al paciente, para sentenciar luego que basta con un simple requerimiento para que deba suministrársele. Dicha entrega, salvo casos de urgencia, debe llevarse a cabo dentro de las 48 horas de solicitada.

A decir verdad, una cosa es la información que surge de la HC -que es propiedad exclusiva del paciente- y otra cosa es el papel o formato en el cual se materializa su contenido, que es propiedad del ente. Por consiguiente, en rigor, el paciente no es el titular de la HC, como dice textualmente la norma; lo es, sí, de la información que hay asentada en ella. De allí que deba entregársele copias certificadas y no la documentación original.

Asimismo, la ley contiene otras imprecisiones; por ejemplo, que pueda solicitarse mediante un simple requerimiento puede ser motivo de discordias, sobre todo en los grandes centros hospitalarios; en dichos lugares, el plazo de 48 horas para su entrega puede tornarse muy exiguo; nada se dice respecto a quién competen los gastos de fotocopiado, etc.

*c) Contenido.* El art. 15 establece una serie de pautas mínimas a reunir (por ejemplo, fecha de inicio de su confección, datos del paciente y núcleo familiar, profesionales actuantes, etc.).

*d) Caracteres.* Entre las notas que la tipifican, la norma (arts. 16, 17 y 18) enumera las siguientes: integridad (esto es, que la HC también debe formar parte de toda aquella documentación referida al paciente que exista en el ámbito del ente. De allí que la enumeración que brinda el art. 16 no es taxativa sino meramente enunciativa), unicidad e inviolabilidad. En lo que atañe a este último tópico, el

legislador obliga a los establecimientos asistenciales públicos o privados o a los profesionales de la salud -en su calidad de titulares de consultorios privados-, el deber de guarda y custodia (conservación) de ella durante el plazo mínimo de diez años. A lo que, luego, añade que dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la HC.

Ahora bien, puede darse el supuesto de que el daño aflore -se manifieste, fluya o consume- bastante tiempo después de la última anotación en la HC (v. gr.: un olvido quirúrgico que se descubre tiempo después del alta del paciente, y, por consiguiente, de la última anotación en la HC); *ergo*, recién a partir de dicha manifestación comienza a correr el plazo de prescripción decenal. Es decir, cuatro años después de su alta (y registración en la HC) el paciente descubre que le quedó alojado un cuerpo extraño (una pinza, por ejemplo), producto de aquella vieja operación. Su letrado, conteste con la doctrina y la jurisprudencia dominantes, inicia la demanda -por equis causa- siete años después. Hete aquí que el nosocomio demandado cumplió con el plazo mínimo estipulado por la ley -diez años-, pero destruyó la HC. Por lo que el término de conservación por quince años es el que mejor se armoniza con el plazo de prescripción decenal para iniciar acciones de naturaleza contractual.

*e) Legitimación, negativas y acciones judiciales.* Por último, la ley (arts. 19 y 20) enumera los sujetos que se encuentran legitimados para solicitar la HC. A renglón seguido, establece que frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la HC, el sujeto legitimado dispondrá de una acción directa de hábeas data.

No cabe duda de que, al margen de algunas cuestiones formales, el hábeas data (Ley 25326) es también una herramienta idónea para poder acceder, actualizar, corregir, asegurar o cancelar datos o información existentes en los documentos clínicos.

También lo son, llegado el caso: las diligencias preparatorias, las medidas de prueba anticipada, el secuestro, etc. Por lo que hubiese sido más atinado guardar silencio al respecto, máxime cuando dicha cuestión también depende -y en buena medida- de las leyes de forma de lugar.

## **X. MARCO LEGISLATIVO N° 26529**

### **CAPÍTULO IV: DE LA HISTORIA CLÍNICA**

ARTÍCULO 12. Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

ARTÍCULO 13. Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica puede confeccionarse en soporte digital siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

ARTÍCULO 14. Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento deberá suministrársele copia de la misma, autenticada por una autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

ARTÍCULO 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 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 Organización Mundial de la Salud, los cuales la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 17. Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme” que deberá ser comunicada al mismo.

ARTÍCULO 18. Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. 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, asumiendo el carácter de depositarios de aquella, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III del Título XV del Código Civil, “Del depósito”, y normas concordantes. La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de diez años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y en la forma que determine la reglamentación.

ARTÍCULO 19. Legitimación. Establece que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

- 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.

A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por la autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

ARTÍCULO 20. Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio

de la acción directa de hábeas data a fin de asegurar el acceso y obtención de aquella. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

ARTÍCULO 21. Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales, constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17132 -Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas- y, en las jurisdicciones locales, las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.



## LOS CONTRATOS MÉDICOS Y LA MEDICINA PREPAGA

**Mónica Casares (\*)**

### I.- INTRODUCCIÓN

La relación entre el paciente y el profesional médico ha cambiado sustancialmente en el transcurso de las últimas décadas.

La figura del médico de cabecera, propia de los albores del siglo XX, representada por un amigo o conocido del paciente y su familia, persona de confianza, a veces casi un confesor privado, ha dejado de existir, dando paso a nuevas categorías que vinculan a un paciente y su médico en una relación diferente.

La relación individual y directa entre un médico y su paciente ha perdido presencia frente a realidades sociales y económicas que han marcado un sustancial cambio. Los motivos de las modificaciones han sido varios, desde la imposibilidad económica del usuario de acceder en forma directa a los servicios de salud, hasta la posibilidad de la empresa de brindarlos en forma eficaz y a un precio razonable. Es impensable, ya, que un ciudadano de recursos medios pueda contratar individualmente distintas prestaciones médicas (servicios de especialidades médicas, odontología, farmacias, ópticas, servicios sanatoriales, estudios de precisión y laboratorio).

La crisis económica evidencia un cambio en la forma de vincular al particular y su médico. Se advierten escasas relaciones individuales con los profesionales de la salud; en cambio, se vislumbra como necesaria la participación de la empresa de medicina prepaga y las obras sociales. Los hospitales generalmente abarcan un grueso de población que no tiene otros medios económicos, o que asiste a ellos buscando una figura médica de excelencia –relevante en algunos hospitales públicos reconocidos–.

A su vez, la responsabilidad del profesional médico también ha sufrido un cambio sustancial. El profesional que exploraba en el cuerpo del paciente, sin haber expresado concretamente una información de los tratamientos, riesgos y exposiciones, ha desaparecido, dando lugar a otro cuya obligación primordial es cuidar y comunicar una información precisa y concreta al beneficiario, obteniendo el “consentimiento informado”. Se ha desacralizado la figura del profesional médico.

---

(\*) *Abogada por la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Seminario Permanente de Daños “Problemática de los Daños en la Sociedad Actual”, del Instituto Ambrosio Gioja, de la Universidad de Buenos Aires.*



## II.- LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La relación entre un médico y un paciente solo puede surgir a través de dos vínculos: el contractual y el extracontractual.

El acuerdo comúnmente establecido se genera a través de un vínculo contractual. El paciente requiere atención médica de un facultativo y este se la provee. Pero también, en escasas y muy contadas ocasiones, se establece el vínculo extracontractual, cuando sin requerir atención del médico, cualquier persona tiene un accidente en la vía pública y pasando por allí un profesional de la salud, le presta asistencia, cuando el paciente se encuentra inconsciente.

Varias teorías justifican la contractualidad. La teoría del mandato, la locación de servicios, la locación de obra y la del contrato multiforme, tal como Mosset Iturraspe o Bueres entienden en atención a la heterogeneidad de las prestaciones de salud, no pueden pensarse exclusivamente en una figura.

De modo que este acuerdo requiere que los servicios sean prestados personalmente por un profesional con título habilitante, que diligentemente cumpla con su labor, se presume la onerosidad y se sustenta en un vínculo de confianza, que debe contemplar el derecho a la salud garantizado constitucionalmente.

Este tema guarda una relación directa e inmediata con la responsabilidad civil de los profesionales médicos. Es esencial comprender el carácter de imprescindible de una buena relación médico-paciente, que se expresa a través de su atención, su colaboración, la explicación directa de un diagnóstico, pronóstico y sus consecuencias.

Muchas veces, una buena relación puede evitar posteriores complicaciones legales. La buena comunicación, el trato cordial y el tiempo necesario para estar con el paciente son esenciales, sobre todo en momentos en que la contención afectiva es necesaria.

Highton y Wierzba, en su obra *La relación médico-paciente. El consentimiento informado*, expresan: "Si bien el paternalismo se observa en el ejercicio de cualquier profesión liberal, se ha sostenido que es en el campo de la medicina donde tal conducta tiene mayor influencia. Sea porque los conocimientos del profesional médico lo hacen sentirse en mejores condiciones para sopesar las consecuencias de la realización o no de un procedimiento, por el temor de que el hecho de decir la verdad pueda perjudicar la salud del paciente o alejarlo del tratamiento que le demanda su estado, las decisiones médicas son tomadas por los facultativos".

### III.- LA MEDICINA PREPAGA - EL SISTEMA DE MEDICINA PREPAGA - LA CONEXIDAD CONTRACTUAL - EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA

Es así que la empresa médica se ha instalado con fuerza en el mercado de la salud. Ha adquirido tipicidad social, aunque no legislativa. Solo existen varias disposiciones que tangencialmente se le aplican.

Este sistema de conexidad contractual se sustenta en un vínculo individual entre su beneficiario –potencial paciente– y la empresa, generando el llamado contrato de medicina prepaga, que consiste, en palabras de Lorenzetti, en un “contrato mediante el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes, por sí o por terceros, sujeto a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico”.<sup>354</sup>

Es un contrato bilateral, oneroso, consensual, formal ad probationem, eminentemente aleatorio, de tracto sucesivo, comercial, predispuerto, de condiciones generales, de adhesión, atípico, de consumo y con un vínculo necesariamente abierto. Generalmente, se acompaña de actualizaciones expedidas en boletines de carácter informativo, en forma periódica, que expresan los cambios, dado que es un acuerdo con una dinámica especial.

Uno de los elementos más significativos es su carácter aleatorio, pues desde el comienzo de la vinculación entre partes, es imposible conocer la calidad y cantidad de servicios prestados por la empresa, su regularidad, complejidad o nivel de prestaciones a cumplir.

Si bien la empresa médica predispone el vínculo contractual de condiciones generales y abarcadoras, el beneficiario puede optar por uno de varios planes que acuerdan distintas prestaciones y tarifas, que lo motivarán de acuerdo a su realidad económica.

Así es que en el sistema abierto, el beneficiario adherente podrá decidir quiénes serán sus médicos tratantes, ya sea del programa o especialistas externos, recibiendo un reintegro de gastos. En el sistema cerrado, se asignará médico de cabecera al beneficiario, y será quien lo derive a especialistas. En el mixto, en cambio, se le proporcionará una cartilla de servicios dentro de la cual pueda buscar al profesional que le satisfaga.

En congruencia, afirma Japaze: “Cuanta mayor amplitud y posibilidades de elección para el adherente, mayor será el precio a pagar por los servicios”.<sup>355</sup> Los precios correspondientes a planes prepagos de sistema abierto serán más costosos; los mixtos, intermedios; y los cerrados, más económicos.

---

<sup>354</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *La empresa médica*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 1998, p. 125.

<sup>355</sup> JAPAZE, Belén. *Contrato de Medicina prepaga y consumidor*. “Ley de Defensa del Consumidor”. Buenos Aires: La Ley, 2009, T II Parte Especial, p. 128.

La elección del tipo de plan tendrá una influencia decisiva para la empresa médica, en materia de responsabilidad, dada su obligación de seguridad en la elección de los profesionales de la salud que integran sus filas. Esta será decisiva en los sistemas mixto y cerrado, por la solidaridad que le compete. No así en el sistema abierto, que en principio no es fiscalizado por la empresa, cuando el profesional es elegido exclusivamente por el beneficiario.

La conexidad contractual se expresa a través de los distintos acuerdos que forman la trama negocial.

Nicolau, en su obra sobre derecho contractual, postula: "En sentido estricto, [...] la conexidad contractual es la que existe entre dos o más contratos determinados, de modo que los efectos de uno puedan propagarse en los otros". También se ha dicho que hay contratos conexos cuando para la realización de un negocio único se celebra, entre las mismas o diferentes partes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí a través de una finalidad económica supracontractual. La finalidad puede verificarse en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto o en las bases del negocio (XVII Jornadas Nacionales, Santa Fe, 1999).<sup>356</sup>

Por otra parte, de acuerdo con Ghersi, Weingarten e Ippolito: "Es cada vez más frecuente que los negocios se articulen a través de una pluralidad de contratos distintos celebrados en forma simultánea o sucesiva, que si bien en apariencia se presentan como independientes, se encuentran estrechamente relacionados y vinculados entre sí".<sup>357</sup>

Lorenzetti define el sistema de medicina prepaga diciendo que "es una empresa de intermediación que opera mediante la captación del ahorro en forma anticipada contra la dación futura y en condiciones predeterminadas de atención médica, por medios propios o contratados, lo que solo puede hacerse si existe una pluralidad de vínculos".<sup>358</sup>

La génesis del régimen se basa en una captación de recursos de los propios adherentes, previstos en base a un estudio de mercado que comprenda claramente cuál es la relación riesgo-beneficio correspondiente a la asunción del contrato; el armado de una red prestacional que satisfaga el procedimiento y el análisis de su utilidad. Las figuras del gerenciador y del *management* son primordiales en esta etapa previa, a fin de garantizar la utilidad de los acuerdos.

A su vez, es necesario tener en cuenta los avances y cambios tecnológicos en equipos de diagnósticos y técnicos, como así también que la actualización sea dinámica y se mantenga abierta a las nuevas realidades.

---

<sup>356</sup> NICOLAU, Noemí Lidia y otros. *Fundamentos de Derecho Contractual*. Buenos Aires: La Ley, 2009, T I, p. 221.

<sup>357</sup> GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia e IPPOLITO, Silvia. *Contrato de Medicina Prepaga*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 171.

<sup>358</sup> LORENZETTI, Ricardo L., *Op Cit.*, p. 125.

Retomando las palabras de Japaze, cabe plantear: “Supone la organización de una red prestacional. Estos sistemas parten de un dato de la realidad cual es la pasividad de la demanda. Ofrecer cobertura de salud requiere la organización eficaz de recursos materiales y humanos involucrados en las prestaciones médico asistenciales. Para necesidades de masa, soluciones de masa. Afrontar el compromiso de la cobertura de salud –sea por sí o por terceros– implica gestionar vínculos y gerenciar el funcionamiento de la red de prestadores que se caracteriza por la complejidad de su entramado y la pluralidad de segmentos que involucra”.<sup>359</sup>

De ahí que emerjan varias obligaciones contractuales, como el cumplimiento de la prestación adecuada del servicio médico (dentro del marco contractual y legal vigente), y en consecuencia, el pago del canon periódico por parte del beneficiario. En la etapa precontractual, normalmente la empresa médica solicita al futuro adherente-beneficiario que complete una declaración jurada de su estado físico, en la que se establecerá claramente si existen dolencias preexistentes, y un relato de su estado de salud. La empresa puede solicitar un chequeo médico previo a la contratación (en algunas oportunidades se pide, cuando se trata de personas de avanzada edad o con preexistencias de importancia, lo que será definitorio en el posterior acuerdo).

De todos modos, esta circunstancia en ocasiones no es solicitada, dado que el personal que formaliza la contratación no es médico, sino que cumple actividades de promoción. En caso de dudas, existe una presunción contraria a la empresa, al no haber tomado los recaudos del caso. Así lo señala Japaze, cuando explicita: “Existe consenso en relación a que incumbe a la empresa de medicina prepaga acreditar la falsedad de la declaración jurada y que existió una omisión dolosa. Se ha dicho que si el usuario cumplió con la presentación de la declaración jurada y los demás trámites impuestos por el sistema al momento de su afiliación y la empresa no ejerció su facultad de contralor (porque no ordenó la revisión médica pertinente, la evaluación de una junta, etc.) o lo hizo en forma deficiente, no puede esta alegar reticencia dolosa en el adherente”.<sup>360</sup>

Se destaca también el llamado “período de carencia”, es decir, el tiempo que debe aguardar el beneficiario para acceder a determinados servicios médicos, según las especificaciones contractuales. Este período guarda estrecha relación con la ecuación costo-beneficio que sostiene el sistema y evita que la empresa asuma prestaciones costosas en forma inmediata que le resulten demasiado onerosas. En este sector también aparece el análisis de riesgo-beneficio y la labor de los analistas del mercado.

Luego de la existencia de la Ley 24754, se aplica el Programa Médico Obligatorio a las empresas prepagas, estableciendo un piso mínimo de prestaciones de salud que necesariamente deberán proporcionarle al afiliado. Esta ley supone la

---

<sup>359</sup> JAPAZE, Belén, *Op. cit.*, p. 130.

<sup>360</sup> JAPAZE, Belén, *Op. cit.*, p. 181.

extensión de una norma precedente por la que se había aplicado la prestación a las obras sociales. Al respecto, Lorenzetti plantea que “la decisión de política legislativa no está fundamentada, pero importa una regulación del contenido contractual motivada por el interés público existente en el contrato”.<sup>361</sup>

Dentro de la larga lista que configura la constitución de este programa, se destacan la cobertura de salud de tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de personas afectadas con el Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida, prótesis y órtesis, internaciones mínimas ante determinados supuestos, tratamientos para quienes dependen físicamente del uso de estupefacientes y requieran un tratamiento de desintoxicación, entre otros.

Años más tarde, en virtud de la crisis imperante en el año 2002, mediante la Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud de la Nación, se creó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, como resultado de la emergencia sanitaria reinante. No obstante estas disposiciones, existe una dinámica propia de este contrato, que si bien es empresarial y comercial tiene una finalidad específica: el derecho a la salud de los pacientes, garantizado constitucionalmente.

La prestación de salud, aun cuando es realizada a través de una empresa, no puede dejar de lado el bien común y valores tales como el derecho a la vida de los individuos beneficiarios. Estos derechos humanos se encuentran ampliamente consagrados en nuestra legislación y en tratados internacionales a los que nuestro país ha adherido.

Esto exige un compromiso por parte de los gobernantes en la fiscalización del cumplimiento de los deberes garantizados por nuestra Constitución. Por ello, Ghersi afirma que: “Sin duda, el ejercicio del Poder Ejecutivo aparece como un compromiso para con el cuerpo social, de cumplimiento de las funciones constitucionalmente delegadas (entre estas, sin duda, se halla también la de ocuparse y ejecutar lo atinente a la salud pública). Aun más, tiene en su poder una herramienta de control: ‘los pedidos de informes’ al jefe de Gabinete, a los respectivos ministros y demás empleados públicos”.<sup>362</sup>

La reforma constitucional de 1994 ha sido trascendental en materia de política sanitaria, consagrando expresamente que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud” (art. 42).

La provincia de Buenos Aires, en igual sentido, ha expresado: “Los consumidores y usuarios tienen derecho, en relación al consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y la seguridad”. Varias constituciones provinciales y la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires consagran idénticos principios.<sup>363</sup>

---

<sup>361</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.*, p. 158.

<sup>362</sup> GHERSI, Carlos A. y otros. *Op. cit.*, p. 6.

<sup>363</sup> Cf. *Constitución de la provincia de Buenos Aires*, art. 38; *Constitución de la provincia de Chubut*, art.18; *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, art. 20.

El derecho a la salud debe ser visto como una garantía de todo ciudadano y resguardado a través de mecanismos de la autoridad pública en pos del bien común.<sup>364</sup> Y según el Código de Ética Médica “en toda actuación el médico cuidará a sus enfermos ateniéndose a su condición humana”.<sup>365</sup>

#### IV.- EL CONSENTIMIENTO Y EL DEBER DE INFORMACIÓN – LA LEY DE DEFENSA DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

La Ley 26361 y las anteriores 24240 y 24999, han sido claras en cuanto al tratamiento de las relaciones entre paciente y profesional, pronunciándose sobre la aplicación de algunas disposiciones referentes a la defensa de los consumidores y usuarios.

La citada ley mantiene el postulado original estableciendo la exclusión de los servicios prestados por profesionales universitarios liberales, no así en cuanto a la publicidad, cláusulas contractuales abusivas e información: “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio un título universitario y matrícula otorgada por los colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento” (art. 2).

Cuando el vínculo se contrae entre una empresa comercial (empresa de medicina prepaga) y un particular, los efectos de la ley operan sobre el contenido contractual, la vinculación y responsabilidad de las partes.

Otra postura expresa que “aun cuando los profesionales liberales en virtud del art. 2 de la Ley de Defensa del Consumidor se hallen excluidos de su campo de aplicación –remarcando ello la situación de poder que continúan ejerciendo dentro del campo social, pues esto no ocurre con otros profesionales no universitarios cuyos servicios si están regulados por la norma–, al tratarse de la relación médico-paciente de una estructura contractual de adhesión, quedan por esta vía incorporados a esta normativa” (arts. 37 y 38).<sup>366</sup>

Considerando al consumidor, la parte más vulnerable del contrato, la ley consagra la regla de que, en la duda se estará a la interpretación más favorable a este. En este sentido, Alterini y López Cabana postulan: “La asunción de la existencia de desigualdades entre quien es experto y quien es profano ha derivado, en aras de ideas de equiparación jurídica, a concebir soluciones tuitivas”.<sup>367</sup>

---

<sup>364</sup> Cf. CASARES, Mónica L., en nota al fallo “ME y otros c/ SPM”, LL 9/9/2008.

<sup>365</sup> Código de Ética Médica, art. 1º.

<sup>366</sup> LOVECE, Graciela. *Información y publicidad del servicio médico*. Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 172.

<sup>367</sup> ALTERINI, Atilio, LÓPEZ CABANA, Roberto. “Responsabilidad Profesional. El experto frente al profano”, en *Derecho de Daños I. Ley*, 1992, p. 309.

Alterini continúa desarrollando esta idea: “La idea de protección es derivada de una concreta *ratio legis*: la inferioridad de los profanos respecto de los profesionales [...] El V Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1997) recomendó que, ‘en el ámbito del Mercosur, sea consagrado el principio de reconocimiento de la vulnerabilidad del consumidor’, como pauta del sistema de protección”.<sup>368</sup>

En igual sentido, planteamos que “dentro de la relación contractual existe un desequilibrio entre las partes contratantes, que en el caso está dado por la superioridad negocial del predisponente, empresario, quien establece el contenido del contrato de tal modo que el consumidor, en caso de decidir celebrar el negocio, solo puede adherir.”<sup>369</sup>

El plexo legal se completa con disposiciones referentes a la información, publicidad y cláusulas contractuales abusivas.

Nicolau considera que: “En materia de consentimiento la ley procura brindar un marco aceptable de racionalidad al consumidor. De aquí que el derecho a la información aparece en este nuevo escenario como una pieza clave para tratar de restituir a un contratante hostigado por mensajes, tecnologías, y valores fabricados, un mínimo espacio de libertad y reflexión para la celebración del contrato”.<sup>370</sup>

La mencionada ley plantea que: “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes o servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.<sup>371</sup>

La información le permite al cliente/paciente entender e internalizar cuáles serán las condiciones del acuerdo que va a asumir, y así analizar la toma de decisión. Este requisito servirá como presupuesto a fin de morigerar las desigualdades negociales existentes entre ambas partes. Esta información deberá ser veraz, clara, completa y suficiente, redactada en idioma nacional, y expresarse en un lenguaje asequible para quien esté dirigida, contemplando la comprensión de la parte contratante, evitando todo tipo de confusiones y ambigüedades. La falta de estos requisitos acarreará responsabilidad por parte de la empresa médica.

Esta información debe proporcionarse tanto en la etapa precontractual como en la concreción y fase ejecutiva del contrato.<sup>372</sup>

---

<sup>368</sup> ALTERINI, Atilio. *Contratos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 153.

<sup>369</sup> CASARES, Mónica y ALTERINI, Ma. José. “Medicina Prepaga”, en LÓPEZ CABANA, Roberto (dir.). *Contratos Especiales en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 249.

<sup>370</sup> NICOLAU, Noemí L. y otros. *Op. cit.*, T I, p. 468.

<sup>371</sup> Ley 26361, art 4.

<sup>372</sup> Código Civil Argentino, art. 1198.

Por su parte, la misma ley establece que “las precisiones contenidas en la publicidad o anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”.<sup>373</sup>

A su vez, se contemplan las cláusulas abusivas en los arts. 37 y siguientes de la Ley de Defensa de Consumidor, completando el panorama protectorio, al establecer el alcance de las cláusulas de carácter abusivo.

Por su parte, Vallespinos sostiene: “En la actualidad, junto a los contratos celebrados paritariamente, han comenzado a tener una profusa presencia en las denominadas ‘condiciones generales de los contratos’, en donde el poder de determinación contractual como el de su celebración han sido superados por las necesidades de estandarización de las relaciones jurídicas, por la masificación de los contratos, por la uniformación del contenido contractual, por la presencia de ofertas monopólicas u oligopólicas, etc”.<sup>374</sup>

El plexo legal se completa con disposiciones referentes a la información, publicidad y cláusulas contractuales abusivas.

La ley introduce una norma de carácter interpretativo, al declarar expresamente que se pronuncia “proconsumidor”, y que se tendrán por no convenidas las cláusulas que: a) desnaturalicen obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los de la otra parte; c) inviertan la carga probatoria en perjuicio del consumidor.

Consecuentemente, expresa que el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o de una de sus cláusulas cuando se viole el deber de buena fe, se transgreda el deber de información (en las etapas previa, de conclusión, celebración contractual), la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial. Y finalmente dispone que cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato si ello fuere necesario (art. 37, Ley 24240).

## EL PRINCIPIO BENÉFICO DE LOS CONTRATOS

En igual sentido, el art 38 de la ley establece que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas, finalizando el 39 al establecer que cuando los contratos de adhesión requieran la aprobación de otra autoridad nacional o provincial, esta tomará las medidas necesarias para la modificación del contrato tipo a pedido de la autoridad de aplicación.

---

<sup>373</sup> Ley 26361, art. 8.

<sup>374</sup> VALLESPINOS, Carlos G. “Las condiciones generales de los contratos”, en *Contratos*, Buenos Aires: La Rocca, 1989, p. 123.





## PUBLICIDAD DE BIENES Y SERVICIOS DE SALUD. ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS

Sergio Sebastián Barocelli (\*)

### I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, pretendemos abordar la problemática de la publicidad de los bienes y servicios de salud, y sus implicancias en el campo de la ética y el derecho. Las sociedades de consumo en las que estamos inmersos han sufrido y continúan sufriendo importantes transformaciones políticas, socioeconómicas, culturales y tecnológicas, que impactan en la forma en que se desarrollan los intercambios de bienes y servicios. Masificación, despersonalización, tecnificación, burocratización, “consumerización”, deshumanización, “empresarización”, “mediatización” y estandarización de las prestaciones y los vínculos jurídicos son algunos caracteres que suelen adjudicársele a los mismos.

En este contexto, la publicidad cumple un rol significativo para la economía de mercado capitalista. Mediante ella, no solo se promocionan bienes y servicios, sino que también se determinan los gustos de los consumidores, se generan y estimulan nuevas necesidades en las personas, se promueven estilos de vida y patrones de conducta, se reproducen estereotipos socioculturales, se promueven valores políticos e ideológicos, y se pretende motivar y persuadir a los consumidores, como así también formar y cambiar las opiniones de los receptores del mensaje.<sup>375</sup>

Estas características que mencionamos no les son ajenas a los bienes y servicios destinados a la satisfacción de las necesidades sanitarias humanas. De acuerdo con Ramsey, con el correr de las últimas dos décadas hubo un crecimiento de la “consumerización” de relaciones como, por ejemplo, entre paciente y médico, con gran presión de mayor responsabilidad y más exposición a fuerzas de mercado. Tal tendencia ha representado también un desafío al mantenimiento de grados elevados de profesionalismo en la prestación de esos servicios, y refleja la crecien-

---

(\*) Abogado U.B.A. Profesor en Ciencias Jurídicas. Posgrado Programa de Actualización en Derecho de los Contratos (U.B.A.). Curso de Actualización en Contratos (U.B.A.). Ex profesor adjunto interino de la asignatura Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Webmaster Portal Académico de la Facultad de Derecho de la U.B.A., con jerarquía de jefe de trabajos prácticos interino de Contratos Civiles y Comerciales.

<sup>375</sup> Conf. FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*, Bs. As.: Astrea, 2008, 4° ed., p. 226 y ss. y LOVECE, Gabriela. *Información y publicidad del servicio médico*, Bs. As.: Astrea, 2004, p. 21.

te impersonalidad de las relaciones y el deterioro del profesionalismo.<sup>376</sup> En este sentido, puede observarse cómo tanto las prestaciones de los profesionales de la salud, como la provisión de productos sanitarios han pasado de tener un carácter de vínculo directo y personal a asumir una creciente adecuación a la organización empresaria que antes mencionáramos. También han crecido significativamente las demandas de la sociedad y han prorrumpido nuevas y cada vez más cambiantes y complejas necesidades.

En tal sentido, la publicidad no solamente no le es ajena en estos tiempos a los bienes y servicios sanitarios, sino que crecientemente tiene un impacto destacado en el marco en que se desarrollan dichas actividades. Estas transformaciones ponen en crisis los paradigmas clásicos, tanto en el campo disciplinar de las actividades comprometidas como en su abordaje desde una perspectiva ética y jurídica, sobre todo porque no se trata de la satisfacción de cualquier necesidad humana, sino de la salud, elemento indispensable para el desarrollo de la vida.

A lo largo de las siguientes líneas intentaremos abordar algunas de estas cuestiones.

## II. BIENES Y SERVICIOS DE SALUD

En primer término corresponde delimitar qué vamos a entender como bienes y servicios de salud. En este sentido, se trata de aquellos bienes y servicios destinados a la satisfacción de necesidades humanas vinculadas a salud humana. La salud debe ser entendida no como el ataque a determinadas enfermedades o padecimientos sino como el “estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”<sup>377</sup>. Hoy día podríamos agregar “y de sostenibilidad ambiental”.

Se trata entonces de aquellos bienes o servicios que en su comercialización y publicidad utilizan argumentos de carácter terapéutico y/o sanitario, atribuyéndoles a dichos productos algún tipo de beneficio para la salud en general.<sup>378</sup>

Con el término “bienes de salud”, nos referimos a cosas muebles o inmuebles, o bienes inmateriales cuyo destino sea satisfacer alguna necesidad de la salud humana. Entre ellos podemos enumerar los medicamentos, reactivos de diagnóstico, tecnología médica, cosméticos, productos estéticos, como así también

---

<sup>376</sup> RAMSEY, Ianin. *Consumer Protection Text and Materials*. London: Weidenfeld and Nicolson, 1989, p. 11, citado por PORTO MACEDO, Rolando Jr. *Contratos relacionales y defensa del consumidor*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 169.

<sup>377</sup> Según el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1946, y el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo De San Salvador”, entre otros instrumentos internacionales.

<sup>378</sup> <http://www.scribd.com/doc/108165/Publicidad-y-salud>

productos de consumo que, no teniendo como finalidad principal la terapéutica, se atribuyen efectos beneficiosos para la salud.

Cuando hablamos de “servicios de salud”, nos referimos a la obligación de hacer o no hacer. Esto comprende, con independencia del vínculo entre prestador-paciente:

- a)** las prestaciones de profesionales de la salud a nivel individual (medicina, psicología, odontología, enfermería, kinesiología, nutrición, fonoaudiología, radiología, bioquímica, farmacia, obstetricia, etc.)
- b)** las prestaciones de salud brindadas a través de instituciones de salud (clínicas, hospitales, sanatorios, centros de rehabilitación, servicios de emergencias médicas, laboratorios, etc.), ya sean estas parte de los subsectores estatal, privado o de la seguridad social
- c)** el conjunto prestaciones de salud brindado por una entidad organizadora, por sí o a través de terceros (empresas de medicina prepaga, obras sociales, mutuales, servicios de asistencia al viajero, etc.).

### III. LA PUBLICIDAD

Cuando nos referimos a la publicidad, hablamos de mensajes de difusión de un bien o servicio por medios gráficos, audiovisuales, anuncios en la vía pública, volantes, prospectos, catálogos, altavoces, letreros, carteles o nuevas formas de difusión, como el telemarketing, promociones, muestras gratis, concursos, anuncios por Internet, telefonía y nuevas tecnologías, publicidades indirectas o encubiertas, entre otras.

En el ordenamiento jurídico positivo argentino, no existe a la fecha una regulación orgánica e integral sobre la publicidad. Por tal razón, no contamos a nivel normativo con una conceptualización unívoca referida a la publicidad, como sí cuenta, por ejemplo, España, con su Ley 34/1988 General de Publicidad. Si bien podría sostenerse que dicha ausencia se justifica porque algunas cuestiones vinculadas con la publicidad son de competencia local y no del Congreso Nacional, cierto es también que la protección de usuarios y consumidores constituye no solo una facultad sino también un deber por imperativo constitucional de todos los poderes públicos de velar por la protección de los derechos de los consumidores.

Planteado esto, cabe destacar que en materia de medios audiovisuales, la Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual (LSCA) define la publicidad en su art. 4º como: “Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos

y obligaciones". La fuente de esta definición, como se señala en la nota a dicho artículo, está principalmente en la Directiva Europea 65/2007 de "Servicios de comunicación audiovisual sin fronteras". La conceptualización de publicidad incluye también la llamada "publicidad no tradicional", definida por la ley como "toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar".

De esta manera, se entenderá a los efectos legales como publicidad tanto la publicidad directa como la indirecta o encubierta dentro de los contenidos de los servicios de comunicación audiovisual (programas informativos, telenovelas, de interés general, entretenimientos, etc.).

Existen también otros ordenamientos particulares, ya en el campo específico del presente trabajo, como la Disposición 4980/2005 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), que en su Anexo IX establecía el siguiente glosario:

**PUBLICIDAD O PROPAGANDA:** Técnica que aplicada organizadamente a través de medios de difusión en general se endereza a informar o promocionar las características, ventajas o cualidades de bienes o servicios para provocar y obtener su adquisición.

Por tal razón, cuando hablamos de publicidad de bienes y servicios de salud vamos a comprender todo tipo de mensaje que directa o indirectamente tenga por finalidad la difusión de un bien o servicio de salud destinado al público consumidor.

#### **IV. ILICITUDES PUBLICITARIAS**

La posibilidad de realizar publicidad se enmarca dentro de los derechos constitucionales que reconocen la libertad de expresión, de ejercer toda industria lícita y el principio de reserva (artículos 14, 32 y 19 de la Constitución Nacional y numerosos tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, conforme el artículo 75 inciso 22 de nuestra Ley Fundamental). Sin embargo, dicha potestad se encuentra limitada por las restricciones propias del ordenamiento jurídico positivo en general y de las prohibiciones o restricciones propias de la actividad publicitaria.

Pérez Bustamante entiende que las publicidades pueden ser divididas en lícitas, es decir aquellas ajustadas al derecho, e ilícitas, es decir todas aquellas publicidades o mecanismos de venta que vulneren la dignidad o atenten contra los valores y derechos reconocidos por la Constitución y las leyes.<sup>379</sup>

Siguiendo la opinión de la citada autora<sup>380</sup> y la clasificación de la legislación española y comunitaria, podemos ubicar dentro de las publicidades ilícitas a las que son desleales, engañosas y abusivas.

*a) Publicidad desleal.*

En primer término, cabe señalar que por publicidad desleal se entiende aquella que contraría las normas de corrección y buenos usos mercantiles, y que afecta directamente a los competidores en sus intereses e indirectamente al consumidor.

En nuestro país no tenemos norma alguna que la regule de manera orgánica, como lo hace en el ámbito comunitario europeo la Directiva 97/55, en su artículo 6, cuando dispone que es publicidad desleal:

**a)** La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos.

**b)** La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles.

**c)** La publicidad comparativa, cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Dentro de estos supuestos, podemos afirmar que se comprende aquella que vulnera las normas de lealtad comercial (Ley 22802), aquellas que son denigratorias de los competidores y aquellas que infringen las pautas éticas profesionales.

En esta clasificación se incluye la publicidad comparativa adhesiva, entendida como aquella que equipara la oferta propia con las de los competidores para aprovechar su *good will* o renombre.<sup>381</sup>

A estas disposiciones podemos agregarles el artículo 159 del Código Penal, que dispone que “será reprimido con multa de pesos dos mil quinientos a pesos treinta mil, el que, por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier

---

<sup>379</sup> PÉREZ BUSTAMANTE, Laura. *Derecho Social de Consumo*, Buenos Aires: La Ley, 2005, p. 403.

<sup>380</sup> *Idem.*

<sup>381</sup> *Idem.*

medio de propaganda desleal, tratarse de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial”.

#### *b) Publicidad engañosa*

Por publicidad engañosa comprendemos, conforme establece el artículo 4 de la Ley General de la Publicidad Española, a aquella que “de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico, o perjudicar o ser capaz de perjudicar a un competidor. Es asimismo engañosa la publicidad que silencie datos fundamentales de los bienes, actividades o servicios cuando dicha omisión induzca a error de los destinatarios”. Tal disposición sigue los criterios de la Directiva Comunitaria 84/450, que conceptualiza la publicidad engañosa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.

En nuestro país, la publicidad engañosa se encuentra regulada en el artículo 5º de la Ley 22802 de Lealtad Comercial, que dispone: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”.

#### *c) Publicidad abusiva*

Pueden definirse como publicidades abusivas aquellas que se basan e insisten en emociones, motivaciones y sugerencias directas, apelan al vértigo y a la discriminación, a los miedos o creencias, generan o exacerban ansiedades, directamente o través de mecanismos subliminales.<sup>382</sup>

La Ley de Publicidad Española, en su artículo 3 inciso a establece que comprenderá “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus arts. 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”.

---

<sup>382</sup> *Idem*, p. 403.

Por su parte, el Código de Derecho del Consumidor de Brasil, en su artículo 37, párrafo 2º, establece: “Es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juzgamiento y experiencia del niño, no respete los valores ambientales, o sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

Si bien la legislación argentina no ha desarrollado expresamente la conceptualización de publicidad abusiva, cierto es que se han reconocido y prohibido ciertos supuestos de abusividad contractual.

Esta categorización comprende, primeramente, a la publicidad subliminal. La publicidad subliminal es prohibida por la ley en el art. 81 inciso f, entendida por tal la que posee aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto. Esta ley recoge en forma análoga el criterio establecido por el art. 7 de la Ley General de Publicidad española. En estos casos, en que los abusos no son percibidos de manera consciente por el consumidor, sino que se apela por diferentes técnicas a estímulos inconscientes, la abusividad es ostensible.<sup>383</sup>

También dentro de la categorización de publicidades abusivas podemos enmarcar el supuesto artículo 72 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. Dicho artículo establece que quienes produzcan, distribuyan, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de publicidad, velarán por el cumplimiento de lo dispuesto por las siguientes normas:

- a) Ley 23344, sobre publicidad de tabacos.<sup>384</sup>

---

<sup>383</sup> Sobre este punto ver: MERMO RIVERA, Dolores. “Publicidad subliminal y consumo. Un estudio sobre su influencia en el recuerdo y en la motivación”. Universidad Complutense de Madrid, en <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/bba/11315598/articulos/ARIS9797110171A.PDF>

<sup>384</sup> Dicha ley en su art. 2º dispone que la publicidad de tabacos, cigarrillos u otros productos destinados a fumar se sujetará a las siguientes limitaciones: a) No se practicará en radio y televisión entre las ocho (8) y las veintidós (22) horas de cada día, salvo la que solo identifique marca y se realice fuera del recinto del medio de difusión respectivo; i) No se practicará en publicaciones dirigidas a menores de edad y tampoco, en salas de espectáculos en que se admita la presencia de menores de dieciocho (18) años de edad; j) No se promocionarán ni distribuirán muestras de estos productos en escuelas, colegios, universidades, establecimientos de enseñanza, ni en espectáculos o actividades en los que el público se constituya preferentemente por menores de edad; k) No se efectuará por figuras del mundo artístico cuyo público se constituya preferentemente por menores de edad; l) No participarán modelos menores de edad, ni podrán vestirse o maquillarse quienes participen de modo que representen la edad de un menor; m) No podrán mostrarse personas fumando desmesuradamente; no podrán emplearse expresiones o vocabulario propios de menores de edad; o) Los procedimientos de tratamiento o producción que disminuyan el contenido nicótico o alquitrán no podrán presentarse como beneficiosos o convenientes para la salud.



- b)** Ley 24788, de lucha contra el alcoholismo.<sup>385</sup>
- c)** Ley 25280, por la que se aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.<sup>386</sup>
- d)** Ley 25926, sobre pautas para la difusión de temas vinculados con la salud.<sup>387</sup>
- e)** Ley 26485, de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.<sup>388</sup>
- f)** Ley 26061, sobre protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes así como de sus normas complementarias y/o modificatorias.<sup>389</sup>
- g)** Normas que se dicten para la protección de la salud (Ley 24240 de Defensa del Consumidor, Resolución 20/05 del Ministerio de Salud sobre bienes

---

<sup>385</sup> El art. 6° dispone que queda prohibida toda publicidad o incentivo de consumo de bebidas alcohólicas que: a) Sea dirigida a menores de dieciocho (18) años; b) Utilice en ella a menores de dieciocho (18) años bebiendo; c) Sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico o intelectual de las personas; d) Utilice el consumo de bebidas alcohólicas como estimulante de la sexualidad y/o de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones; e) No incluya en letra y lugar visible las leyendas “Beber con moderación” y “Prohibida su venta a menores de 18 años”.

<sup>386</sup> Esta norma, si bien no hace mención a cuestiones específicas sobre publicidad, insta a eliminar toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad y eliminar las barreras que impiden su plena integración social.

<sup>387</sup> Dicha legislación, de especial interés por la temática del presente trabajo, prescribe que los servicios de radiodifusión que expongan temas relacionados con la salud, deben informar o exhibir en forma clara y legible el nombre, apellido y número de matrícula del profesional o especialista convocado.

<sup>388</sup> Esta ley, entre otras cuestiones, promueve en los medios masivos de comunicación el respeto por los derechos humanos de las mujeres y el tratamiento de la violencia desde la perspectiva de género, alienta a la eliminación del sexismo en la información y califica como una de las modalidades en que se manifiesta la violencia contra las mujeres la violencia mediática, entendida como aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipadas a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato, o la construcción de patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres. Este punto se ve recogido también en los objetivos de la LSCA (art. 3 inc. m), cuando promueve la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombres y mujeres, y el tratamiento plural, igualitario y no estereotipado, evitando toda discriminación por género u orientación sexual.

<sup>389</sup> Esta ley, reguladora en el ámbito federal de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece entre otras disposiciones protectorias que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen y que se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente, a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes, o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar (art. 22).

sujetos al control de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica, Código Alimentario Argentino, Disposición ANMAT 4980/05, etc.).

**h)** Normas de protección ante conductas discriminatorias (Ley 23528 y art. 70 de la ley, que establece que se deberá evitar contenidos que promuevan o inciten tratos discriminatorios basados en la raza, el color, el sexo, la orientación sexual, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento, el aspecto físico, la presencia de discapacidades). Las trasgresiones a tales disposiciones constituirán ejemplos de publicidad abusiva.

Otros ejemplos de publicidad abusiva los constituyen, conforme el artículo 71 de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, las publicidades que menoscaben la dignidad humana o induzcan a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud de las personas y la integridad de los niños, niñas o adolescentes. Por último, podrán también encuadrarse como publicidades abusivas aquellas que, sin estar enumeradas en los supuestos anteriores, contraríen la dignidad de la persona humana y el respeto a sus derechos personalísimos, conforme el art. 3 inciso d de la mencionada ley.

## V. PUBLICIDAD, SISTEMA DE DERECHO DEL CONSUMO Y BIENES Y SERVICIOS DE SALUD

En este punto, analizaremos la relación entre la publicidad, el sistema de derecho del consumo y los bienes y servicios de salud.

En primer lugar, cabe analizar cuál es el ámbito de aplicación del derecho del consumo. Siguiendo el mandato constitucional del artículo 42 de la Constitución Nacional y el artículo 3 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor (LDC), conforme la reforma de la Ley 26361, el eje sobre cual gira el sistema del derecho del consumo es la noción de "relación de consumo".

El artículo 3 de la LDC define la relación de consumo como el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario.<sup>390</sup> A esta escueta conceptualización legal podemos complementarla con las caracterizaciones que le ha dado ampliamente la doctrina y jurisprudencia, entendiéndola como "todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para

---

<sup>390</sup> Conf. FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 7; *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, "Greco, Gabriel c/Camino del Atlántico S.A. y otro s/ daños y perjuicios"* y *"Borneo, Mario Blas Andrés c/ Camino del Atlántico S.A. s/ cobro de sumas de dinero"*, votos de la Dra. Highton de Nolasco.

destino final de consumidores y usuarios”, que “comprende todas las etapas, circunstancias y actividades destinadas a colocar en el mercado bienes y servicios para ser adquiridos por los consumidores y usuarios, existiendo en esta relación desde su inicio un acto voluntario –cuando el bien se produce, fabrica o elabora–, cuyo objetivo negocial –indiscutida intención de todos los que desempeñan esta actividad– es llegar a los consumidores en forma directa o indirecta, incluyendo en esta la promoción del producto, siendo responsables todos los que intervienen en la relación de consumo, ante los consumidores y usuarios por la protección de su salud, seguridad e intereses económicos”.<sup>391</sup>

Insiste la doctrina en que la relación de consumo debe definirse de modo que abarque todas las situaciones en las que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar; cuando es dañado por un ilícito extracontractual, o cuando es sometido a una práctica del mercado; cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, debe comprender por tanto todas las situaciones posibles.<sup>392</sup>

Desde esta perspectiva, la relación de consumo no se refiere solo al vínculo contractual en forma estricta, sino que comprende también las etapas precontractual y poscontractual<sup>393</sup>, vínculos no contractuales<sup>394</sup> (v. gr. obligaciones *ex lege*, actos administrativos u otras relaciones de derecho público) y situaciones que generalmente eran inscriptas dentro de la órbita extracontractual, ofreciendo de esta manera un espectro de protección más amplio que el contrato, siendo este solo una especie del género “relación de consumo”.

Sentada la definición de relación de consumo, cabe señalar que la misma está conformada por dos sujetos: uno débil, frágil e inexperto, presunción *iure et de iure*, que merece la protección jurídica del ordenamiento positivo y del Estado (el consumidor, artículo 1° de la LDC), y otro profesional, depositario de las obligaciones del sistema (el proveedor, artículo 2° de la LDC).

Siguiendo la definición legal, son considerados consumidores:

- a) Tanto las personas físicas como jurídicas
- b) que adquieren o utilizan<sup>395</sup>

<sup>391</sup> RINESSI, Antonio J. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 13.

<sup>392</sup> LÓRENZETTI, Ricardo L. *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 74.

<sup>393</sup> Sobre este punto ver: LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F.P. *Responsabilidad precontractual; aportes para su estudio*. Buenos Aires: La Ley, 1998-D, 1229.

<sup>394</sup> Sobre este punto ver LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. *La responsabilidad postcontractual*. La Ley 19.07.2002, y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *La responsabilidad postcontractual*, en: [www.eldial.com](http://www.eldial.com)

<sup>395</sup> Al haberse eliminado el sistema de *numerus clausus* que establecía el sistema anterior (adquisición o locación de cosas muebles, prestación de servicios, adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda), la extensión de los tipos contractuales a los que es aplicable hoy día el régimen del consumidor permite afirmar que las normas del derecho del consumidor se han “ramificado” por la gran mayoría de los contratos típicos civiles y comerciales y en innumerables contratos atípicos legales o con tipicidad social.

- c) bienes o servicios
- d) en forma gratuita u onerosa
- e) como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Este es, conforme el artículo 1º, párrafo 1º de la LDC, el concepto de consumidor en sentido estricto. En sentido amplio, abarca a todos los sujetos encuadrados dentro de la relación de consumo como sujetos protegidos, comprendiendo también a los sujetos equiparados, categoría que incluye a los “usuarios no contratantes”<sup>396</sup> o “consumidores fácticos”<sup>397</sup>, y a los sujetos “expuestos a una relación de consumo”, ya sea como potenciales consumidores o potenciales o efectivas víctimas de daños con motivo de relaciones de consumo.

La contracara de la relación de consumo es el proveedor. Conforme señala el artículo 2º de la LDC, se entenderá por tal a:

- a) La persona física o jurídica
- b) de naturaleza pública o privada
- c) que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente
- d) actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios
- e) destinados a consumidores o usuarios.

El sistema de derecho del consumo, en sus diferentes normas, reconoce numerosos derechos del consumidor, deberes de los proveedores, establece modificaciones a las instituciones clásicas (v. gr. prescripción, regulación contractual, sistema de prevención y reparación de daños, etc.), instaura un sistema propio de resolución de conflictos y, de conformidad con el tema del presente trabajo, establece ciertas consecuencias a la publicidad.

Así, el artículo 8º de la LDC dispone que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor.

En este sentido, como el objeto de las relaciones de consumo puede comprender infinidad de bienes o servicios, abarcando así cosas muebles como inmuebles, tanto nuevas como usadas, bienes inmateriales y servicios en sentido amplio, en principio, los bienes y servicios de salud estarían comprendidos dentro de las previsiones del sistema de derecho del consumo.

---

<sup>396</sup> WAJNTRAUB, Javier, en MOSSET ITURRASPE, WAJNTRAUB, GOZAÍNI. *La Ley de Defensa del Consumidor*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 39.

<sup>397</sup> Conf. SANTARELLI, Fulvio, en PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. (directores). *Ley de Defensa del Consumidor, anotada y comentada*. Buenos Aires: La Ley, 2009, T. I, p. 51

Pero a ello debemos realizarle algunas observaciones. Primeramente, cabe señalar que el artículo 2º, párrafo 2º de la LDC establece que no están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello. De esta manera, los profesionales de la salud estarían excluidos del régimen de la LDC. Esta exclusión no comprende los productos de salud, las prestaciones de salud brindadas a través de instituciones de salud ni el conjunto prestaciones de salud brindados por una entidad organizadora, por sí o a través de terceros, como ser las empresas de medicina prepaga. Sin embargo, a esta exclusión general de los profesionales de la salud del régimen de protección al consumidor, cabe recordarle la excepción prevista por el propio artículo 2º, párrafo 2º de la LDC, que establece: “Pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

Esta excepción implica que si los profesionales de la salud utilizan publicidad, la misma estará comprendida por el sistema de defensa del consumidor, en cuanto a las previsiones del artículo 8 de la LDC y respecto a las regulaciones en materia de ilicitudes publicitarias. Otros autores, en tesis minoritaria en doctrina<sup>398</sup>, entienden que cuando los profesionales de la salud en su ejercicio libre hagan publicidad, se someten voluntariamente al régimen de la LDC.

Independientemente de ello, como señaláramos, la publicidad de los bienes y servicios de salud se encuentra comprendida dentro de las regulaciones del sistema del derecho del consumo.

## **VI. RESTRICCIONES A LA PUBLICIDAD DE BIENES Y SERVICIOS DE SALUD**

Respecto a los bienes y servicios de salud, teniendo presente la especial importancia que reviste el control en la materia y los intereses en juego, la regulación ha sido más exhaustiva.

Así, como señalamos anteriormente en virtud de la Ley 25926, cuando profesionales de la salud intervengan en publicidades deberá informarse o exhibirse en forma clara y legible su nombre, apellido y número de matrícula.

Por el artículo 81º inciso 1º de la LSCA, se establece que los anuncios, avisos y mensajes publicitarios promocionando tratamientos estéticos y/o actividades vinculadas al ejercicio profesional en el área de la salud deberán contar con la autorización de la autoridad competente para ser difundidos y estar completamente de acuerdo con las restricciones legales que afecten a esos productos o servicios. El Decreto 1225/2010, reglamentario de la LSCA, estableció al respecto que los

---

<sup>398</sup> Conf. WAJNTRAUB, Javier H. “La noción de consumidor tras la reforma de la Ley 24240”, *Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor*, 2008 (abril), 153.

profesionales del ámbito de la salud que se presenten en los anuncios publicitarios deberán acompañar su presentación con nombre y apellido, especialidad y número de matrícula; esto último de acuerdo a lo dispuesto por el Ministerio de Salud. Señala también dicho decreto que la publicidad de productos medicinales cuya prescripción solo sea bajo receta, deberá ser debidamente especificada en los servicios de comunicación audiovisual. Aquellos productos relacionados con la salud, de venta libre, que directa o indirectamente puedan tener consecuencias en la salud, tales como productos o suplementos dietarios, prótesis y/o dispositivos de tecnología médica, cosméticos, odontológicos, bebidas energizantes, productos alimenticios o cualquier otro producto que tenga o pueda tener incidencia sobre la salud, solo podrán publicitarse si dan cumplimiento íntegramente a las disposiciones dictadas por la autoridad competente en la materia.

Asimismo, el decreto reglamentario mencionado postula que a tales fines la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual podrá requerir a la Justicia que evalúe la situación y ordene suspender preventivamente la publicidad que se encuentre en presunta infracción a la normativa que rige la materia, cuando potencialmente se pueda producir un daño en la salud de las personas.

También el decreto reglamentario de la LSCA regula respecto del respaldo por Sociedades Científicas, ONG y otras organizaciones, que cuando el aviso publicitario contenga la mención de un atributo beneficioso para la salud que se anuncie como objeto de certificación, acreditación, respaldo, apoyo o aval de cualquier naturaleza por organizaciones y asociaciones científicas, de la salud o profesionales de dichas ciencias a título individual, será exigible a la organización o profesional acreditar la realización en forma fehaciente de estudios, análisis, relevamiento o investigaciones que prueben su conocimiento respecto del producto anunciado. También han sido motivo de regulación de la LSCA los programas de televenta o promoción. Resultan cada día más habituales en los medios de comunicación audiovisual los programas dedicados a la promoción de bienes y servicios, generalmente pagados por sus proveedores, en los que muchas veces, con la conducción de celebridades del mundo del espectáculo, el deporte o la cultura, se promocionan las bondades de los productos ofertados.<sup>399</sup> Esta práctica se ha extendido particularmente respecto de bienes y servicios de salud. La LSCA regula en su art. 81 inciso k que los programas dedicados exclusivamente a la promoción o venta de productos solo se podrán emitir en las señales de servicios de comunicación audiovisual expresamente autorizadas para tal fin por la autoridad de aplicación y de acuerdo a la reglamentación correspondiente. Análogo criterio reitera la ley en su art. 82, penúltimo párrafo.

En materia de medicamentos, la Ley 16463 prohíbe inducir en los anuncios de los productos de expendio libre a la automedicación; toda forma de anuncio al

---

<sup>399</sup> BAROCELLI, Sergio Sebastián. *Novedades legislativas de protección al consumidor frente a la Publicidad*, IJ Editores, 04-06-2010, IJ-XXXVIII-616.

público de los productos cuyo expendio solo haya sido autorizado “bajo receta”; vulnerar, en los anuncios, los intereses de la salud pública o la moral profesional y violar cualquier otro requisito exigido por la reglamentación.

La Resolución 20/2005 del por entonces Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación estableció que toda publicidad dirigida al público sobre especialidades medicinales, reactivos de diagnóstico, cosméticos, dietarios, domisanitarios, alimenticios y dispositivos de tecnología médica deberá cumplir con los criterios éticos establecidos por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica. Por su parte, la Disposición 4980/2005 de la ANMAT, estableció normas generales y específicas que deberá cumplir toda publicidad o propaganda dirigida al público, cuyo objeto sea promocionar especialidades medicinales de venta libre, productos alimenticios, cosméticos, para la higiene personal y perfume, domisanitarios, odontológicos, para diagnósticos de uso *in vitro*, suplementos dietarios y dispositivos de tecnología médica.

También en materia de medicamentos, la Ley 25649 de promoción de la utilización de medicamentos por su nombre genérico había establecido la obligatoriedad del uso del nombre genérico en toda publicidad o propaganda dirigida al público en general. Lamentablemente, dicha previsión fue vetada. Creemos que hubiese sido de vital importancia para el fortalecimiento de los derechos de los consumidores.

## VII. LA PUBLICIDAD EN LAS LEYES DE EJERCICIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

En primer término, cabe señalar que la regulación de las profesiones liberales, como son los profesionales de la salud, es competencia de las autoridades locales. Así, las legislaturas provinciales han dictado diferentes leyes regulando el ejercicio de los profesionales de la salud.

En este sentido, el Congreso Nacional, quien ejercía hasta 1994 las facultades de legislación local de la Capital Federal, dictó la Ley 17132, que reguló el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración en la Capital Federal, y estableció el control del ejercicio de dichas profesiones y actividades, y el gobierno de las matrículas respectivas por la Secretaría de Estado de Salud Pública. La misma tiene su aplicación territorial exclusiva en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, hasta tanto la Legislatura de la ciudad dicte legislación en la materia.

Respecto de la materia publicitaria, la Ley 17132 presenta especificaciones en sus artículos 10 y 20.

El artículo 10 establece: “Los anuncios o publicidad en relación con las profesiones y actividades regladas por la presente ley, las personas que las ejerzan o los establecimientos en que se realicen, deberán ajustarse a lo que la reglamentación establezca para cada profesión o actividad auxiliar. Todo lo que exceda de nombre, apellido, profesión, título, especialidad y cargos técnicos actuales, registrados y

reconocidos por la Secretaría de Estado de Salud Pública; domicilio, teléfono, horas y días de consulta debe ser previamente autorizado por la misma. En ningún caso podrán anunciarse precios de consulta, ventajas económicas o gratuidad de servicios, exceptuándose a las entidades de bien público. A los efectos de la presente ley, entiéndase por publicidad la efectuada en chapas domiciliarias, carteles, avisos periodísticos, radiales, televisados o cualquier otro medio que sirva a tales fines. Las direcciones o administraciones de guías, diarios, revistas, radios, canales de televisión y demás medios que sirvan a la publicidad de tales anuncios, que les den curso sin la autorización mencionada, serán también pasibles de las sanciones pecuniarias en el Título VIII de la presente ley”.

Por su parte, el artículo 20° de la citada ley establece como prohibiciones a los profesionales que ejerzan la medicina:

- 1° anunciar o prometer la curación fijando plazos
- 2° anunciar o prometer la conservación de la salud [...]
- 4° anunciar procedimientos, técnicas o terapéuticas ajenas a la enseñanza que se imparte en las Facultades de Ciencias Médicas reconocidas del país
- 5° anunciar agentes terapéuticos de efectos infalibles
- 6° anunciar o aplicar terapéuticos inocuos atribuyéndoles acción efectiva [...]
- 9° anunciar por cualquier medio especializaciones no reconocidas por la Secretaría de Estado de Salud Pública
- 10° anunciarse como especialista no estando registrado como tal en la Secretaría de Estado de Salud Pública [...]
- 12° publicar falsos éxitos terapéuticos, estadísticas ficticias, datos inexactos o cualquier otro engaño
- 13° realizar publicaciones con referencia a técnicas o procedimientos personales en medios de difusión no especializados en medicina
- 14° publicar cartas de agradecimiento de pacientes.

En este sentido, el incumplimiento de dichas prohibiciones habilitará la aplicación de sanciones en el campo de la responsabilidad profesional, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades civiles, penales o administrativas.

Igual criterio puede sostenerse respecto de la Ley 24301 de Ejercicio Profesional del Licenciado en Nutrición, cuando en su artículo 12° establece como prohibiciones: “c) Anunciar o hacer anunciar actividad profesional como licenciado en nutrición, publicando falsos éxitos terapéuticos, estadísticas ficticias, datos inexactos, prometer resultados o cualquier otro engaño”.

La Ley 298 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de ejercicio de la enfermería, en su artículo 15 establece como prohibiciones: “d) Publicar anuncios que induzcan a engaño al público”; la Ley 24317 de ejercicio de la kinesiología y fisioterapia, en su artículo 11° señala como prohibiciones “d) Anunciar o hacer anunciar su



actividad profesional publicando falsos éxitos terapéuticos, estadísticas ficticias, datos inexactos, prometer resultados en la curación o cualquier otro engaño”.

Por último, la Ley 23277 de ejercicio profesional de la psicología, en su artículo 9º establece como prohibición: “3) Anunciar o hacer anunciar actividad profesional como psicólogo publicando falsos éxitos terapéuticos, estadísticas ficticias, datos inexactos; prometer resultados en la curación o cualquier otro engaño”.

## VIII. PUBLICIDAD EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Respecto a la regulación de la publicidad en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cabe formular las siguientes especificaciones.

El artículo 46 de la Constitución local, que regula los derechos de consumidores y usuarios, establece que la Ciudad “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” y “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”.

A la fecha, la Legislatura de la Ciudad no ha dictado las leyes que reglamenten dichas disposiciones constitucionales.

En materia de publicidad de bienes y servicios de salud, se ha dictado la Ley 2936 de publicidad exterior, que en su artículo 13, de publicidad no autorizada, establece:

13.1. Un anuncio no debe: a) Atentar contra la dignidad de las personas y/o vulnerar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En caso de verificarse tal publicidad, la autoridad de aplicación debe ordenar el retiro inmediato de la misma, sin perjuicio de las sanciones que pudieran corresponder a los responsables de la misma [...]

13.3. Quedan prohibidos los siguientes tipos de anuncios: [...] Cualquier forma de publicidad de sustancias psicoactivas dirigidas a personas menores de dieciocho (18) años de edad, sea para su venta, promoción, entrega u oferta en forma gratuita, cuando su mensaje, contenido, finalidad o consigna estén asociados a la cultura infantojuvenil, conforme lo establecido en el artículo 4º de la Ley 2318.

## IX. REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD EN LOS CÓDIGOS DE ÉTICA DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD

Habiendo analizado las diferentes regulaciones normativas en materia de publicidad de bienes y servicios de salud, analizaremos a continuación las regulaciones que sobre la materia han sido plasmados en los diferentes Códigos de Ética de los profesionales de la salud.

En este sentido, las organizaciones que nuclean a los diversos profesionales sanitarios han dictado normas deontológicas, a efectos de reglar la actuación de los profesionales de la salud en diversos campos, incluida la cuestión publicitaria.

En primer lugar, cabe señalar que a nivel internacional la postura no es unívoca. El Código Internacional de Ética Médica<sup>400</sup> establece como prácticas de conducta no éticas la publicidad hecha por el médico, a menos que esté autorizada por las leyes del país y el Código de Ética Médica de la asociación médica nacional. Es decir, se establece como regla general que la publicidad está reñida con el arte de curar, salvo que las autoridades locales expresamente la autoricen.

A nivel nacional, el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina<sup>401</sup> autoriza la realización de publicidad por parte de los galenos y establece que esta ha de ser objetiva, prudente y veraz, de modo que no levante falsas esperanzas o propague conceptos infundados (artículo 178). El médico podrá comunicar a la prensa y a otros medios de difusión no dirigidos a médicos, información sobre sus actividades profesionales, siempre que dicha información sea verídica, discreta, prudente y expresada de manera que pueda entenderse (artículo 179°).

Se establece también que los artículos y conferencias de divulgación científica para el público no médico, cuidarán de no facilitar la propaganda personal mediante la relación de éxitos terapéuticos o estadísticos, mencionando demasiado el nombre del autor o una determinada institución, o por medio de fotografías personales o de su clínica, sanatorio o consultorio, o en el acto de realizar determinada operación o tratamiento. En fin, se limitarán a divulgar los conocimientos que el público necesita saber para ayudar a los médicos en su lucha contra la enfermedad (artículo 181).

Señala también el mencionado código deontológico que el profesional, al ofrecer al público sus servicios, puede hacerlo por medio de anuncios de tamaño y caracteres discretos, limitándose a indicar su nombre y apellido, sus títulos científicos

---

<sup>400</sup> *Adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Londres, Inglaterra, en octubre de 1949 y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial en Sydney, Australia, en agosto 1968 y la 35ª Asamblea Médica Mundial en Venecia, Italia, en octubre 1983 ([http://www.wma.net/es/30publications/10policias/c8/17a\\_es.pdf](http://www.wma.net/es/30publications/10policias/c8/17a_es.pdf)).*

<sup>401</sup> *De 1955, modificado en 2008 (<http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=12796&word=>).*

o universitarios, cargos hospitalarios o afines, las ramas y especialidades a que se dedique, horas de consulta, su dirección y número de teléfono (artículo 182). En este sentido, establece seguidamente que están expresamente reñidos con toda norma de ética los anuncios que reúnen alguna de las características siguientes:

- a)** Los de tamaño desmedido con caracteres llamativos o acompañados de fotografías.
- b)** Los que ofrezcan la pronta, a plazo fijo e infalible curación de determinadas enfermedades.
- c)** Los que prometan la prestación de servicios gratuitos o los que explícita o implícitamente, mencionan tarifas de honorarios.
- d)** Los que invoquen títulos, antecedentes o dignidades que no poseen legalmente.
- e)** Los que por su particular redacción o ambigüedad, induzcan a error o confusión respecto a la identidad, título profesional o jerarquía universitaria del anunciante. Los profesionales que pertenezcan al cuerpo docente de la Universidad son los únicos que pueden anunciarse con el título de profesor, siempre que se especifique la cátedra o materia de designación como tal.
- f)** Los que mencionan diversas ramas o especialidades de la Medicina, sin mayor conexión o afinidad entre ellas.
- g)** Los que llamen la atención sobre sistemas, curas, procedimientos especiales, exclusivos o secretos.
- h)** Los que involucren el fin preconcebido de atraer numerosa clientela mediante la aplicación de nuevos sistemas o procedimientos especiales (naturismo, iridología, homeopatía, etc.), curas o modificaciones aún no discutidas o aquellas respecto de cuya eficacia aún no se hayan expedido definitivamente las instituciones oficiales, científicas o universitarias.
- i)** Los que importen anuncios mediante el agradecimiento de pacientes.
- j)** Los transmitidos por radiotelefonía o altoparlantes, los efectuados en pantallas cinematográficas, los repartidos en forma de volantes o tarjetas que son distribuidas por el correo y con destinatario preciso.
- k)** Los que, aun cuando no infrinjan alguno de los apartados del presente artículo, sean exhibidos en lugares inadecuados o sitios que comprometan la seriedad de la profesión, o los que colocados en el domicilio del profesional, adquieran el tamaño y forma de carteles y los letreros luminosos (artículo 183°).

Análogos criterios establece el Código de Ética de la Asociación Médica Argentina para el Equipo de Salud.<sup>402</sup> Dicho cuerpo de normas dispone que no está reñi-

---

<sup>402</sup> Adoptado en 2001 por la Asociación Médica Argentina (AMA) con la colaboración de la Sociedad Argentina de Ética Médica (<http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=5609&word=>).

da con la ética la publicación de avisos de carácter profesional, siempre que se encuadre dentro de la seriedad y discreción propios de la actividad del equipo de salud, ejercida con responsabilidad (artículo 318).

Regula también dicho Código que el profesional puede ofrecer sus servicios al público por medio de anuncios de tamaño y caracteres discretos, limitándose a indicar su nombre, apellido, títulos científicos y universitarios, cargos hospitalarios o afines, horas de consulta, dirección, teléfono, correo electrónico, o cualquier sistema de comunicación que se desarrolle. Se debe evitar la promesa de prestar servicios gratuitos y no brindarlos, así como mencionar las tarifas de honorarios que espere percibir (artículo 319). Agrega a *posteriori* que constituye falta ética que un miembro del equipo de salud se anuncie como especialista de una rama de la Medicina utilizando títulos que no estén avalados por sociedades científicas y/o universitarias o correspondan a especialidades no reconocidas por el Ministerio de Salud (artículo 320). Asimismo, añade que no deben efectuarse promesas de curación infalible, utilizar medicamentos o procedimientos anunciados como secretos, transcribir agradecimientos de pacientes o promoverse mediante sistemas de publicidad equivalentes a avisos comerciales (carteles, letreros luminosos o similares). No deben aplicarse nuevos sistemas o procedimientos especiales, curas o modificaciones aún en discusión, respecto de cuya eficacia no se hayan expedido definitivamente las instituciones oficiales o científicas (artículo 321).

También sobre la materia publicitaria señala que no se deben utilizar para propaganda dirigida al público no médico como promoción personal del autor o de una institución artículos, conferencias, entrevistas u otras actividades de divulgación científica y que se limitará la información a los datos concretos que el público necesita conocer (artículo 323); como así también que el miembro del equipo de salud debe cuidar que su nombre no sea exhibido en lugares que comprometan la seriedad de la profesión, y figurar públicamente en los medios de difusión, hablada, escrita o por imágenes, con el debido respeto a su personal calidad profesional, y la calidad y prestigio de los otros profesionales que ejercen tareas similares (artículo 324).

Se establece asimismo que constituye grave falta ética y violación a las prescripciones de la ley, la propaganda encubierta a través de los medios de comunicación donde figuran nombres, especialidad y número telefónico, en relación a comentarios sobre terapéuticas de diversas afecciones (artículo 326) y los que explícita o implícitamente mencionen tarifas de honorarios (artículo 327).

Por otra parte, prescribe el Código de Ética de dicha entidad que constituye una violación de normas del secreto médico hacer referencia a casos clínicos identificables, exhibir fotografías de sus pacientes en anuncios profesionales o en la divulgación de asuntos médicos en programas de radio, televisión, cinematógrafo o en artículos, entrevistas o reportajes en diarios, revistas o cualquier otro medio de difusión de carácter no médico (artículo 114).

En materia de nuevas tecnologías e Internet, se ha regulado que la presencia de publicidad en un sitio web implica y garantiza la recomendación del producto, servicio o empresa por parte de los responsables del sitio, por lo que están expuestos a reclamos que puedan surgir de los mismos, excepto que el sitio aclare que no se responsabiliza por ello (artículo 239).

La Asociación Médica Argentina declara que se ha opuesto siempre a la venta directa sin consulta médica de la empresa productora de insumos médicos al consumidor, sano o enfermo, a través de la publicidad mediática (oral-escrita-visual-informática) de aquellos medicamentos que requieran diagnóstico o prescripción profesional (artículo 255).

Por su parte, el Código Argentino de Ética y Deontología Dental de la Asociación Odontológica Argentina<sup>403</sup> prescribe como requisitos básicos de la publicidad profesional:

- 1-** La reputación del dentista se basa única y exclusivamente en su categoría personal, competencia profesional e integridad moral.
- 2-** La publicidad ha de estar basada en los principios de veracidad, competencia leal y protección del paciente y su salud, además de ser acorde tanto en su forma como en su contenido con las pautas que la institución correspondiente haya desarrollado al respecto y con la normativa legal.
- 3-** La publicidad ha de ser objetiva y transparente, de modo que en ninguna situación pueda dar lugar a falsas esperanzas o propague conceptos infundados (artículo 49).

Respecto a la mención de títulos, establece dicho código que únicamente podrá hacerse mención del título académico o profesional que se posea y que terminológicamente esté autorizado por la normativa nacional o comunitaria vigente, y que se considera fraude a la sociedad el uso malintencionado de diplomas referentes a cursos tomados por el profesional sin validez oficial (artículo 50).

Se dispone por otra parte que la publicidad realizada en placas, anuncios, membretes de cartas o recetas, anuarios, guías, directorios profesionales o cualquier otro medio de difusión sea redactada de forma discreta en todos sus aspectos y siempre conforme a las normas ético-deontológicas que la institución establezca (artículo 51).

Refiere también que la utilización de un seudónimo para actividades o comentarios relacionados con la profesión deberá ser declarada al colegio profesional correspondiente; prescribe asimismo que aun en el caso de que el dentista trabaje por cuenta ajena, bien en organismos públicos o privados, evitará que estos utilicen su nombre con fines publicitarios. Del mismo modo, nunca se prestará como reclamo publicitario de casas comerciales el que los dentistas puedan

---

<sup>403</sup> En: <http://www.slideshare.net/guest71c277/codigo-argentino-de-etica-y-deontologia-dental>

participar en campañas sanitarias destinadas a la educación de la población, siempre y cuando observen medidas de tacto, discreción y dignidad propias de la profesión, evitando en todo momento cualquier publicidad favorable a su actividad privada (artículo 52).

Por último, se instituye también que no es ético el uso malintencionado de los honorarios profesionales como reclamo publicitario con el objetivo de atraer pacientes (artículo 44 inciso 6); la explotación publicitaria de un éxito odontológico en beneficio de alguna persona, grupo o institución (artículo 80 inciso 3) o la incitación a la publicación de propaganda encubierta en los editoriales y artículos, ya que todo material publicitario debe estar claramente identificado como tal (artículo 85 inciso b) .

Finalmente, el Código de Ética de la Federación de Psicólogos de la República Argentina<sup>404</sup> dispone, en su artículo 6, que en la promoción de sus servicios profesionales, lo que incluye anuncios pagos o gratuitos, gráficos, radiales y audiovisuales y currículum, los psicólogos respeten las siguientes pautas:

- 1- Los psicólogos que publicitan sus servicios deberán anteponer siempre las normas profesionales a sus intereses comerciales. Cuando en la creación o colocación de esa publicidad participen otras personas, los psicólogos asumirán la responsabilidad por los mismos.
- 2- La publicidad deberá hacerse en forma mesurada, incluyendo los datos indispensables para la información útil; en ningún caso deberá ser exagerada de modo que tergiverse en algún sentido la índole y eficacia de los servicios.
- 3- Los psicólogos no ofrecerán recursos o actividades relativas a técnicas psicológicas que no estén reconocidas por la comunidad profesional. Tampoco utilizarán el precio o gratuidad del servicio como forma de propaganda.
- 4- La participación que los psicólogos pudieran tener en medios de comunicación masiva será con fines educativos y divulgativos. Los psicólogos no participarán, como tales, en avisos que recomienden la adquisición o uso de un determinado producto.

## **X. HERRAMIENTAS JURÍDICAS DE LOS CONSUMIDORES FRENTE A ILICITUDES PUBLICITARIAS EN BIENES Y SERVICIOS DE SALUD**

Frente a ilicitudes publicitarias en materia de bienes y servicios de salud, el consumidor o cualquier sujeto expuesto a una relación de consumo, conforme establece el art. 1 de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, cuenta con las siguientes he-

---

<sup>404</sup> *Aprobado por la Asamblea del 10/4/1999 (<http://test.e-legis-ar.msal.gov.ar/leisref/public/showAct.php?id=5611&word=>).*

ramientas jurídicas, a las que podrá acceder de manera alternativa o concurrente a su libre elección frente a quienes produzcan, distribuyan, emitan o de cualquier forma obtengan beneficios por la transmisión de publicidad:

- a)** Recurrir a los mecanismos administrativos, arbitrales y judiciales previstos por la Ley 24240 de Defensa del Consumidor en los casos vinculados a incumplimientos de la citada norma.
- b)** Recurrir a la autoridad de aplicación que regule el medio de publicidad empleado a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas pertinentes. En el caso de la publicidad audiovisual, conforme la LSCA, será la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual. En el caso de la publicidad en vía pública, será la autoridad municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, según la jurisdicción.
- c)** Accionar en forma individual o colectiva a través de la acción de amparo, en caso de verse cumplimentados los requisitos del art. 43 de la Constitución Nacional.
- d)** Formular denuncias ante la autoridad sanitaria o autoridades específicas, según el bien o servicio (ANMAT) o ante los organismos que ejerzan el control de matrícula.
- e)** Presentar reclamos ante la Defensoría del Pueblo, federal o local, o la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, en el caso de publicidad en medios audiovisuales.
- f)** Reclamar eventuales daños y perjuicios.
- g)** Denunciar en sede criminal a los responsables ante eventuales incumplimientos que constituyan asimismo figuras típicas en la legislación penal.

## XI. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo, hemos intentado realizar un estudio de las diferentes implicancias normativas y éticas relativas a los bienes y servicios de salud. En este orden de ideas, el lector podrá tener presente la multiplicidad de normas de diferente fuente y jerarquía a las que debemos apelar a efectos de realizar un encuadre jurídico de la problemática.

Por tal razón, creemos importante realizar las siguientes consideraciones y aportes en la materia:

- a)** Resulta necesario que el Congreso de la Nación adopte en un cuerpo normativo orgánico una regulación integral de la materia publicitaria.
- b)** En materia de bienes y servicios de salud, esa regulación se hace imprescindible, teniendo en cuenta los intereses en juego.

- c)** Los profesionales de la salud y las instituciones y empresas prestatarias de bienes y servicios de salud deben extremar la prudencia y diligencia en materia de publicidad, a fin de no desplegar conductas reñidas con las pautas éticas de su profesión y con las prescripciones normativas en materia de publicidad.
- d)** Las autoridades públicas en general, las responsables en materia sanitaria y las asociaciones profesionales implicadas deben extremar las acciones en pos de regular, fiscalizar y controlar los anuncios publicitarios en materia de bienes y servicios de salud.





# CAPÍTULO 4

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

## NUEVAS REFLEXIONES SOBRE EL CONSENTIMIENTO MÉDICO

**Ricardo D. Rabinovich-Berkman (\*)**

### 1. INTRODUCCIÓN

Aprovecho la excelente oportunidad que brinda esta obra colectiva para seguir profundizando, siquiera de a poco, en una línea de pensamiento que vengo siguiendo desde algunos años atrás. Me refiero a la necesidad que existe, a mi humilde juicio, de replantear, en clave histórica, nuestra visión del consentimiento médico y de la relación entre galeno y paciente en general.

La aproximación histórica, real y no a partir de presupuestos elaborados racionalmente, a las instituciones jurídicas, siempre aporta luz y a menudo desvanece interpretaciones erradas y esfuma prejuicios arraigados. En el caso del consentimiento médico, desgraciadamente, ese abordaje no se ha encarado tanto como hubiera sido de desear.

Uno de los primeros problemas que se presentan cuando nos enfocamos en la construcción del discurso alrededor de la relación entre médico y paciente que predomina en nuestra cultura, es que está basado en una serie de arquetipos abstractos. Para peor, estos modelos responden a una cosmovisión típica de otra geografía humana y otro tiempo, de modo que, empleados, por ejemplo, en la Sudamérica del siglo XXI, resultan ectópicos y anacrónicos. Hemos venido circunnavegando esa realidad por décadas, negándonos a enfrentarla. Creo que es hora de hacerlo.

---

(\*) *Doctor de la Universidad de Buenos Aires, área Filosofía del Derecho. Titular de Cátedra de la U.B.A., la Universidad de Belgrano, la USal y la UNLZ. Director de la Modalidad Intensiva del Doctorado de la Facultad de Derecho, U.B.A. Director de la Carrera de Posgrado en Ciencias Forenses (Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina). Doctor "honoris causa" de la Universidad San Pedro (Perú). Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo (Brasil). Miembro del Directorio del Consejo Académico de Ética en Medicina (Academia Nacional de Medicina, Argentina). Miembro correspondiente de la Academia Portuguesa de Historia. Miembro honorario del Instituto de Bioética y Derechos Humanos de la Lubelska Szkoła Wyższa w Rykach (Polonia). Miembro del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (Argentina).*

Por casi un siglo, con intermitencias, el pensamiento ético y jurídico en temas biomédicos ha estado debatiendo y desarrollando aquel notable y sencillo principio que enunciara el entonces ministro de la Corte Suprema del estado de Nueva York, Benjamin Nathan Cardozo, en el memorable fallo de 1914, “Schloendorff v. Society of New York Hospital”.

Como se recordará, el corazón de la doctrina Schloendorff está en la frase del voto de Cardozo: “Todo ser humano de edad adulta y mente sana, tiene el derecho de determinar qué ha de hacerse con su propio cuerpo, y un cirujano que realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete un delito” (“*Every human being, being of adult years and sound mind, has the right to determine what shall be done with his own body; a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault*”).<sup>405</sup>

## 2. LA VISIÓN PURITANA DE LA MEDICINA Y LA SOCIEDAD

Como vengo sosteniendo desde hace años, humildemente creo que las raíces filosóficas inmediatas de este criterio sentado por el célebre magistrado sefardita neoyorquino deben buscarse en las pautas éticas del calvinismo puritano, característico de la región nororiental de los Estados Unidos y esencial para la construcción de la cultura que históricamente caracterizara a ese país. En las aldeas puritanas, donde la religión era vivida de un modo fundamentalista, todo era visto con una óptica “contractualista”. Dentro de ese paradigma de las relaciones sociales, el médico era considerado un importante vecino de la comunidad, sin dudas. Sin embargo, a pesar de su importancia, no dejaba de ser un vecino más. Todos lo eran, hasta el mismísimo ministro religioso. Cada uno de ellos ofrecía su arte, su oficio, a los demás, a cambio de dinero o de otros bienes materiales, por medio de convenios, expresos o tácitos.

El fundamento de esos contratos, a su vez, residía en la creencia religiosa en el libre albedrío. Es decir, en la posibilidad efectiva de optar y tomar con libertad las decisiones consecuentes. Esa misma cosmovisión subyacía a la idea del pe-

---

<sup>405</sup> 211 N.Y. 125; 105 N.E. 92; y 1914 N.Y. LEXIS 1028. Traducimos *assault* por “delito”, pues la figura penal así llamada en los Estados Unidos (“Un intento, con fuerza ilícita, de infligir un daño físico a otro, acompañado por la aparente habilidad presente de hacer efectivo el intento, si no se lo evita [...] es tanto un ilícito civil como un delito penal, y puede en consecuencia dar base para una demanda civil o una acusación penal”, según GIFIS, Steven. *Law Dictionary*. New York: Barron's, 1975, p. 16) no tiene exacto equivalente en el mundo hispano. En el Código Penal de Nueva York, el asalto criminal incluye el daño físico real, que la *common law* llama *battery*. De ahí que en Schloendorff la intromisión sin consentimiento en el cuerpo del paciente fuese conceptualizada como “asalto”, mientras que en otros Estados, y en el contexto británico, se la hubiera caratulado seguramente como *battery*.

cado, tan dura y omnipresente en aquellas comunidades de gente seria, siempre vestida de negro.

Junto a la certeza en la existencia de la libertad, los calvinistas cultivaban la creencia en la igualdad de los miembros de la comunidad. Esa posición les era tan inherente, que en aras de ella habían logrado derrocar, efímeramente, la sólida monarquía británica, y convertir a Inglaterra por unos años en una república.

El compromiso con la igualdad los había compelido a dejar el archipiélago británico, cuya forma de gobierno y cuya estructura social estratificada deploraban, y a lanzarse en procura de un mundo nuevo e ignoto, inmediatamente parangonado con la mosaica idea de la Tierra Prometida, donde poder instalarse y vivir de manera más acorde con su interpretación de la *Biblia*.<sup>406</sup>

Ya establecidas las comunidades americanas, lejos los títulos nobiliarios y las tradiciones autoritarias inglesas, el convenio fue entronizado. De hecho, lo fue ya antes, durante el viaje de los míticos “padres peregrinos” en el barco *Mayflower*, cuando se concretó el *covenant* que basaría su colonización protestante. En ese contexto de contratos y libertad asumida, la premisa tácita no podía ser otra que la plena información de la verdad.

Esa revelación se basaba en el fundamentalismo religioso imperante en las aldeas puritanas. Dado que los puritanos consideraban que Dios estaba siempre, en todo momento, observándolos actuar, mentir al contratar con otro vecino, ocultarle aspectos del negocio propuesto, hubiera sido equivalente a pretender engañar a la divinidad misma. No solamente una falta jurídica, una violación de la buena fe entre partes, sino además, y por sobre todo, un pecado.

En este contexto, para un médico no existía otra alternativa que la total información a su paciente. La situación debía serle explicada, al menos al adulto que no estuviese afectado por una notoria enfermedad mental. Además, ¿de qué podía tener miedo el enfermo? ¿De la muerte? Impensable. En cualquier caso, un buen cristiano jamás hubiera permitido que tal temor se hiciera público, si lo hubiese tenido.

La muerte, suponían, era para las personas una dormición, ingresar pacíficamente en un largo sueño, confiadas en la segura esperanza de la resurrección. Al contrario, lo terrible hubiera sido fallecer sin aviso, sin haber tenido la oportunidad de resolver los problemas pendientes, de hacer testamento, de pagar las deudas y de pedir a Dios y a la comunidad el perdón de los pecados cometidos.

Entonces, cuanto más grave fuera el diagnóstico, cuanto peor se avizorase el pronóstico del paciente, mayor sería el deber del galeno de revelar la realidad, sin rodeos ni condescendencias, y lo antes posible.

El médico, se suponía, era un artesano sabio, religioso y veraz. Un hombre creyente, temeroso de Dios, pero no de la muerte. Alguien así jamás podría siquiera

---

<sup>406</sup> SPURR, John. *English Puritanism, 1603-1689*. New York: Macmillan, 1998, *passim*; NEAL, Daniel. *The History of the Puritans; or, Protestant Nonconformists*. Bibliolife, 2009, *passim*.

imaginarse a sí mismo imponiendo un tratamiento, un medicamento, una cirugía, a un paciente, en contra de la voluntad de este. Mucho menos, ocultándole un diagnóstico o unas perspectivas ominosas.

El enfermo puritano, es claro, tenía a su vez el deber de curarse, si ello era posible y no entrañaba la comisión de pecados. La actual postura de los testigos de Jehová (que tienen en sus creencias muchos elementos de origen calvinista) con relación a la transfusión de sangre, puede ser enmarcada en un contexto muy semejante.

El paciente que no procurase restablecer su salud (por medios permitidos), podría hacerse merecedor de la reprensión social, del rechazo por parte de los demás miembros de su comunidad religiosa. Quizás hasta le cupiese la reprensión jurídica, si su conducta llegara al grado del suicidio. Pero igualmente, en ningún caso sería lícito al médico, en el escenario puritano, forzarlo a obedecer sus mandatos.

### 3. BREVE SEMBLANZA DEL MINISTRO BENJAMIN CARDOZO

No era raro que los judíos cuyos antepasados habían vivido en América del Norte desde mucho tiempo atrás, especialmente los sefardíes como Benjamin Cardozo, estuviesen bastante impregnados de la cultura puritana. Esta era, además, muy semejante a la propia en varios aspectos. De hecho, los calvinistas les tenían notable simpatía.

Recuérdese, como un contundente ejemplo, que en 1656 el gobierno republicano liderado por el puritano Oliver Cromwell convocó a los hebreos a regresar a Inglaterra, de donde habían sido expulsados violentamente más de tres siglos atrás, en 1290, por el rey Eduardo I, derogando las prohibiciones de residir en el reino que venían desde entonces. La fecunda y asentada comunidad angloisraelita, que diera al mundo figuras como la del economista David Ricardo, se originó entonces.<sup>407</sup>

La estirpe del juez neoyorquino Benjamin Cardozo, que era hijo, a su vez, de un notorio magistrado (de fama no muy feliz, por cierto, pues había debido renunciar, envuelto en un escándalo), entrelazaba su historia con la de los Estados Unidos. La familia descendía de Aarón Núñez Cardozo, que habría inmigrado a Nueva York en 1752. Algunos de sus miembros, inclusive, habían luchado en la Guerra de Independencia.<sup>408</sup>

Todas las evidencias indican que Cardozo era un hombre de cultura conservadora, no un revolucionario. Amigo de las letras clásicas, afecto al griego y al latín, era un hombre profundo que gustaba de la filosofía.<sup>409</sup> Quizás por todo ello es que sonó natural que fuese el reemplazante, en la Corte Suprema federal, en 1932, del célebre (y discutible) juez filósofo Oliver Wendell Holmes.

---

<sup>407</sup> Como en el caso norteamericano, los judíos que mejor se entendieron con los puritanos fueron los sefarditas. Figuras como la del ya mencionado Ricardo, Benjamin Disraeli, Basil Henriques, entre tantas otras, así lo evidencian.

<sup>408</sup> Véase: [www.cardozo.org/genealogy/cardozo.html](http://www.cardozo.org/genealogy/cardozo.html)

Cuando el presidente Herbert Hoover, un republicano, propuso el nombre de Cardozo, un demócrata, para suceder a Holmes, el consenso general que generó esa postulación en el país es elocuente evidencia del carácter políticamente tranquilo del magistrado. El *New York Times* fue muy claro: "Rara vez, si alguna, en la historia de la Corte ha sido una propuesta tan universalmente apoyada".<sup>410</sup> En el Senado no se registró ninguna disidencia.<sup>411</sup> Cardozo contaba con el apoyo de las universidades de Chicago, Harvard, Yale y Columbia.<sup>412</sup> Difícilmente hubiera sido ese el cuadro de haberse tratado de un díscolo con ideas inquietantes.

Una vez integrado al más alto tribunal, Cardozo formaría con Louis Brandeis (el otro israelita de la Corte) y Harlan Stone el trío, a menudo llamado "los tres mosqueteros", que daría su apoyo permanente a las innovadoras medidas del presidente Franklin Delano Roosevelt (opuestas por los "cuatro jinetes": George Sutherland, Willis Van Devanter, Pierce Butler y James McReynolds; este último, un reconocido y furioso antisemita, nunca le dirigió la palabra a Cardozo, ostensiblemente leía otra cosa cuando él hablaba, y hojeó un diario mientras el ministro sefardita prestaba su juramento de admisión).

La defensa que los "tres mosqueteros" —dos de ellos, judíos muy compenetrados con la historia y la sociedad estadounidenses, y el tercero, un calvinista— hicieran del programa de Roosevelt, sin embargo, no se fundaría en una cosmovisión revolucionaria, sino en una óptica tradicionalista. Esto no quiere decir que fueran reaccionarios. Ni siquiera conservadores, en un sentido estricto del término. Todo lo opuesto. Cardozo, Brandeis y Stone eran hombres que no tenían miedo de las novedades (aunque no necesariamente les agradasen) y pensaban de cara al futuro. Pero procuraban las soluciones empleando elementos culturales enraizados en los legados religiosos de sus respectivos ancestros. Es decir, en la cosmovisión puritana (compartida, en gran medida, por los israelitas de familias largamente asentadas en el país).<sup>413</sup>

#### 4. EL CASO SCHLOENDORFF

En las comunidades norteamericanas puritanas antiguas, "el médico del pueblo era realmente un personaje importante, bastante equivalente al maestro de es-

---

<sup>409</sup> *Recuérdense sus dos libros principales: La naturaleza del proceso judicial (1921) y Derecho y literatura (1931).*

<sup>410</sup> "Cardozo is named to Supreme Court", en *New York Times*, 16/2/1932, p. 1.

<sup>411</sup> *New York Times*, 25/2/1932, p. 1.

<sup>412</sup> *La designación de Cardozo iba contra dos criterios tácitos vigentes en los Estados Unidos de América: la distribución geográfica (ya había dos ministros neoyorquinos) y la representación de minorías (ya había otro judío, Louis Brandeis).*

<sup>413</sup> Ver: RABINOVICH-BERKMAN, R. D. *Trasplantes de órganos y tejidos*. Bs. As.: Astrea, 2007, p. 296 ss.

cuela o el posadero, y no muy inferior al ministro”, dice Henry Elson en su *Historia de los Estados Unidos de América*. “Se sentía en su casa con cada familia, y era altamente respetado por todas las clases. Estaba presente en cada nacimiento y en cada funeral; se sentaba junto al ministro en el lecho mortal, y ponía su nombre con el del abogado en cada testamento”.<sup>414</sup>

Obviamente, este facultativo se contraponía con el nuevo tipo de galeno que se estaba imponiendo paulatinamente en la pujante ciudad de Nueva York del cambio de siglo. Este modelo de profesional, producto del positivismo médico, predominaba fundamentalmente en los hospitales públicos. La gran urbe del Hudson ya tenía el suyo. Había sido fundado en 1771 por el rey Jorge III.

En ese hospital público se internó, en 1908, Mary Schloendorff.<sup>415</sup> Según el fallo: “Sufría de algún desorden estomacal. Preguntó al superintendente, o a uno de sus asistentes, cuál sería el costo, y se le dijo que serían siete dólares por semana. Quedó internada en el hospital y, tras algunas semanas de tratamiento, un médico interno, el Dr. Bartlett, descubrió una protuberancia, que resultó ser un tumor fibroide. Consultó al cirujano visitante, Dr. Stimson, que recomendó una operación. De acuerdo al testimonio de la actora, el carácter de la protuberancia, según le informaron los galenos, no podía determinarse sin un examen con éter. Ella consintió a tal examen, pero, así lo dice, notificó al Dr. Bartlett que no debía haber operación alguna. Fue llevada de noche desde el área médica a cirugía, y preparada por una enfermera para una operación. Al día siguiente se le administró éter y, mientras estaba inconsciente, fue removido un tumor. Ella aduce que esto fue hecho sin su consentimiento o conocimiento”.

Como consecuencia, “se desarrolló una gangrena en el brazo izquierdo; algunos de sus dedos debieron serle amputados, y sus sufrimientos fueron intensos”.

Mary promovió una demanda contra el hospital, y a Benjamin Cardozo le correspondió, cuando en 1914 el caso llegó a la Suprema Corte estadual, emitir el primer voto. Sus ideas sobre la medicina quedaron al descubierto con claridad cuando, en sus fundamentos, halló gravemente culpables a los médicos Bartlett y Stimson. Sin tapujos, los trató de delincuentes, por haber obrado sin el consentimiento de su paciente. Pero, al mismo tiempo, exoneró completamente al nosocomio. Al parecer, en su cosmovisión tradicionalista, de raíces judeopuritanas, no cabía la posibilidad de que un facultativo pudiese ser un mero dependiente, un empleado, que con su conducta generase la responsabilidad del patrón.

Es notable que Cardozo no viera al hospital desde la nueva dimensión de ese fenómeno, sino desde la óptica clásica: “La conclusión, por lo tanto, sigue que el juez de primera instancia no erró en su dirección de un veredicto. Un fallo hubiera sido realmente infortunado si hubiese constreñido a las instituciones de caridad,

---

<sup>414</sup> ELSON, Henry William. *History of the United States of America*. New York: MacMillan, 1904.

<sup>415</sup> No he podido hallar aún datos biográficos acerca de Mary, pero su apellido hace pensar que era una inmigrante alemana. Si lo fuera, entonces habría sido ajena a las tradiciones puritanas estadounidenses.

como medida de autoprotección, a limitar sus actividades. Un hospital abre sus puertas sin discriminación a todos los que buscan su ayuda. Reúne en sus secciones una compañía de experimentados médicos y enfermeras entrenadas, y pone los servicios de ellos a disposición de los afligidos, sin averiguación del carácter o el valor de aquellos que lo reclaman, sin contemplar otra cosa ni preocuparse por otra cosa más allá del hecho de su aflicción. En este trabajo benéfico, no se sujeta a sí mismo a responsabilidad por daños aunque los ministros del curar que ha seleccionado se han probado infieles a su confianza".<sup>416</sup>

Lógicamente, mientras la ya referida "regla Schloendorff" acerca del derecho de las personas adultas y sanas de mente sobre su propio cuerpo se mantiene hasta el día de hoy, este otro aspecto del fallo fue luego revertido por la jurisprudencia. Actualmente, por cierto, no se duda en responsabilizar a un hospital, público o privado, por los hechos ilícitos de los médicos contratados por la institución.

## 5. DE CARDOZO A POTTER

Es necesario tener en mente que ha sido aquella óptica del ministro Cardozo sobre la relación entre médico y el paciente, basada en la cosmovisión puritana tradicional, la que irrigó casi toda la concepción posterior acerca del tema. Generada en los Estados Unidos de América, acorde con las ideas predominantes en la región nororiental del país, se fue proyectando, sin embargo, sobre otras culturas derivadas de tradiciones completamente diferentes. Entre ellas, las de raíz católica, como es el caso de Latinoamérica, ajenas a esa noción contractual, igualitaria y devota de la verdad cruda.

Lo que es peor aún es que el esquema calvinista que nos ocupa es abstracto. Es decir, surge de una imagen de la comunidad y de la persona prefigurada según cánones religiosos. Jamás de una referencia construida a partir de la consideración empírica de la realidad antropológica y social.

La idea puritana de la relación médico-paciente que se observa en el voto de Cardozo, es la de un modelo horizontal. Es decir, un acuerdo entre personas iguales y libres, una de las cuales tiene una necesidad (está enfermo o cree estarlo) y el otro le ofrece los medios para tratar de resolverla (su ciencia y su experiencia).

---

<sup>416</sup> "The conclusion, therefore, follows that the trial judge did not err in his direction of a verdict. A ruling would indeed, be an unfortunate one that might constrain charitable institutions, as a measure of self-protection, to limit their activities. A hospital opens its doors without discrimination to all who seek its aid. It gathers in its wards a company of skilled physicians and trained nurses, and places their services at the call of the afflicted, without scrutiny of the character or the worth of those who appeal to it, looking at nothing and caring for nothing beyond the fact of their affliction. In this beneficent work, it does not subject itself to liability for damages though the ministers of healing whom it has selected have proved unfaithful to their trust". Texto completo del fallo en: <http://www.bioethics.gr/media/pdf/biolaw/nomologia/SCHLOENDORFFFULL.pdf>



Sobre la base de ese esquema, a grandes rasgos, se fue erigiendo toda la doctrina jurisprudencial estadounidense de la segunda posguerra, influida, además por el recuerdo cercano de las atrocidades nazis, especialmente de los experimentos biomédicos llevados adelante en los campos de concentración con prisioneros judíos y gitanos. Esa mixtura fue el germen que, fermentado, por así decirlo, en la década de 1950, cobró efervescencia pública en el decenio siguiente. Y entonces saltó, sobre todo en Norteamérica, a la literatura, el cine y la televisión, influyendo, al inicio de los años 70, en los trabajos del bioquímico Van Rensselaer Potter. Sin embargo, en el caso de Potter, el esquema Schloendorff no pesó tanto. Quizás ello se debiera a que no tenía una visión médica, por así decirlo, de la ética biológica. Potter no era un galeno, sino un científico dedicado a la investigación celular de laboratorio, destinada a aplicaciones en la lucha contra el cáncer.<sup>417</sup> De modo que su concepción apuntó más a las cuestiones ecológicas, a la supervivencia de la humanidad como especie y a la preservación planetaria. Su formación jurídica, además, parece haber sido escasa.

Un factor que a menudo se olvida es que las ideas de Potter tampoco tuvieron la influencia que tuvo la palabra que las caracterizara. En efecto, nadie puede dudar hoy del rotundo éxito que ha tenido el neologismo *bioethics*, traducido al español como "bioética". Esta palabra, de construcción helenizante, había sido empleada, al parecer, por primera vez, por el teólogo y educador alemán Fritz Jahr (un pastor protestante) en 1927.<sup>418</sup> No obstante, el vocablo, que en ese autor se refería fundamentalmente a las restricciones en materia de experimentación con animales<sup>419</sup>, no había prosperado<sup>420</sup> (quizás porque, en su país de origen, sobrevino el nazismo, cuya terminología no lo incluyó).<sup>421</sup>

Más allá de las concordancias que, de hecho, existieron entre las ideas de Jahr y de Potter, no existe evidencia del conocimiento de las obras de aquel por parte del científico estadounidense. Al parecer, Potter creyó haber acuñado el neologismo "bioética" en total buena fe, ignorando el previo uso de la palabra por el teólogo germano. Si lo hubiera leído, seguramente lo habría citado, porque no era

<sup>417</sup> Potter trabajó medio siglo como investigador y profesor en el Laboratorio McArdle para la Investigación del Cáncer, de la Universidad de Wisconsin-Madison, en la que enseñó asiduamente, y murió como profesor emérito. Ver su interesante obituario en *Cancer Research*, 2003 (<http://cancerres.aacrjournals.org/content/63/7/1724.full>).

<sup>418</sup> JAHR, Fritz. "Bio-Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze", en *Kosmos. Handweiser für Naturfreunde*, 24(1), pp. 2-4. Luego, Jahr volvió a emplear el término en: "Drei Studien zum 5. Gebot", en *Ethik. Sexual- und Gesellschaftsethik*, 11, pp. 183-187.

<sup>419</sup> LOLAS, Fernando. "Bioethics and animal research. A personal perspective and a note on the contribution of Fritz Jahr", en *Biological Research*, 41, 2008, pp. 119-123.

<sup>420</sup> GOLDIM, José Roberto. "Revisiting the beginning of bioethics: The contribution of Fritz Jahr (1927)", en *Perspectives in Biology and Medicine*, 52 (2009), pp. 377-380.

<sup>421</sup> Su gran contribución, recuperada por los investigadores en el siglo XXI, habría sido la idea del "imperativo bioético" en lo concerniente a las relaciones del humano con los animales y plantas. En este punto, sus ideas y las de Potter muestran bastantes puntos coincidentes.

hombre de apropiarse de trabajos ajenos. Pero la producción de Jahr estuvo en el olvido, salvo para los especialistas en la historia del pensamiento ético (y Potter no lo era), por décadas.

El célebre bioquímico norteamericano emplea la palabra “bioética” para denominar lo que considera una ciencia nueva e imprescindible, en dos artículos científicos, uno propio y otro en coautoría, que aparecen en 1970 en revistas especializadas. Por lo tanto, estos trabajos solo llegaron a un público muy restringido, por lo menos por un largo tiempo (faltaba mucho para la era telemática). Al año siguiente, publicó su libro *Bioética, puente al futuro*, que tampoco tuvo gran difusión, y tardó bastante en ser conocido. Hasta el día de hoy es más citado que leído (ni siquiera ha sido editado en castellano).

## 6. LOS PRINCIPIOS DE BEAUCHAMP Y CHILDRESS

En cambio, a finales de la década de los 70, la doctrina Schloendorff reapareció en todo su esplendor en las páginas de un libro de características muy diferentes. Me refiero a los *Principios de ética biomédica* del profesor de filosofía Tom Beauchamp (uno de los máximos expertos contemporáneos en el pensamiento de David Hume) y el teólogo James Childress.

Ambos autores son estadounidenses y provienen de una formación religiosa y teológica protestante afín al calvinismo. Beauchamp se graduó en la Universidad Metodista del Sur (Texas) y continuó sus estudios en el Yale Divinity School, facultad de teología fundada en 1701 por los congregacionistas, un grupo religioso derivado del puritanismo, con el que siempre conservó grandes lazos.<sup>422</sup>

Childress inició su formación universitaria en el Guilford College, de Carolina del Norte, una de las más antiguas instituciones educativas estadounidenses, fundada en 1837 por los cuáqueros, un grupo religioso que, a pesar de su difícil relación con los puritanos, compartía con ellos varios aspectos de su cosmovisión, entre ellos los que aquí nos interesan. Luego, Childress también pasó al ya mencionado Yale Divinity School.

Los *Principios* no pretendieron ser una obra de bioética, una continuación de los trabajos de Potter. Sus autores fueron claros: querían ocuparse de la ética biomédica, nada más. Sin embargo, este libro se difundió muchísimo más que el *Puente al futuro*. Fácil de leer y ampliamente traducido, fue especialmente devorado por los facultativos, que estaban necesitando algo así, y en segundo lugar por juristas. La mayoría de estos lectores no había tenido contacto con el libro de Potter. En la práctica, y sin haber sido esa, aparentemente, la intención de Beauchamp y Childress, se operó una derivación de la bioética en el sentido de la medicina.

---

<sup>422</sup> En otra muestra más de la vinculación entre estos grupos protestantes y el judaísmo, el escudo del Yale Divinity School está escrito en hebreo.

El proyecto original de Potter se vio así amputado. De una ética de la supervivencia humana y planetaria, se pasaba a una mera ética médica y biológica aplicada. El bioquímico lo notó y, según refiere uno de sus más fieles compañeros de trabajo y discípulos, no le hizo nada feliz.<sup>423</sup> Tanto que, a partir de 1995, entendió conveniente agregar un adjetivo a su ciencia, y la llamó “bioética global”, expresión que prefirió emplear hasta su muerte, acaecida en 2001.<sup>424</sup>

Hoy, la mutación ya se ha operado (con poco beneficio) y es muy difícil que se revierta. Es muy común que, refiriéndose a los de Beauchamp y Childress, se hable de “principios de la bioética” o “principios bioéticos”, sin siquiera guardar fidelidad al título del libro del que se los extrae. La obra de 1979, que ha tenido muchas reediciones, es probablemente la que en verdad ha basado el pensamiento general en estas materias en gran parte del mundo, en las tres décadas sucesivas. Leída en vacaciones y en ratos libres, a menudo sin mucha crítica ni análisis, para los años noventa ya se había transformado en un texto sagrado a lo largo de Latinoamérica. Para muchos lo sigue siendo hasta hoy.

## 7. LA DISCUTIBLE AUTONOMÍA

Ahora bien, el gran principio enunciado por Beauchamp y Childress es el de “autonomía”. Se trata de una noción construida en plena concordancia con la visión calvinista tradicional estadounidense y con la regla Schloendorff (consecuente con aquella). El paciente autónomo aparece como un ser libre que se relaciona con el médico de igual a igual. Este cuadro puede ser muy bello, pero no pasa de una imagen abstracta; es un dibujo ideal, guiado por fuertes prejuicios.

En realidad, el enfermo grave, que es el que verdaderamente nos interesa, el único que plantea un dilema problemático, es una persona muy poco autónoma y escasamente libre. Si no depende ya de otros para su vida cotidiana, es de esperarse en la mayoría de los casos que lo haga más tarde o más temprano. Esa dependencia actual o futura incide en él, le genera una carga psicológica muy fuerte. Se refleja en las personas de su entorno, los familiares, los amigos, los empleados. Cansa a unos, molesta a otros, satisface ansias sádicas de dominio y masoquistas de automartirio.

Este paciente, a menudo, es consciente de estas reacciones. Responde a ellas, a su vez, de numerosas maneras. Pero esa red de nuevas actitudes y sentimientos, surgida y crecida al calor de la enfermedad, incide en él y lo condiciona pesadamente. El hospital puede ser un descanso para sus familiares. Una cirugía puede

---

<sup>423</sup> WHITEHOUSE, Peter J. “The Rebirth of Bioethics: Extending the Original Formulations of Van Rensselaer Potter”, en *The American Journal of Bioethics*, III, 4, 2003, p. W26.

<sup>424</sup> POTTER, V. R. “Global bioethics: Linking genes to ethical behavior”, en *Perspectives in Biology and Medicine*, XXXIX, 1, 1995, pp. 118-131.

ser decidida más por la conveniencia de estos que por el interés propio. No es raro que el enfermo terminal comience a pensar en el alivio que su muerte les traería a sus seres queridos.

¿Puede ser considerada autónoma una persona en semejantes circunstancias?

La libertad de un paciente con un cuadro patológico serio (si es que asumimos que la libertad humana existe realmente) es muy estrecha. Ante todo, porque la propia dolencia la restringe. Fundamentalmente, porque acorta su tiempo, que es, como diría Jorge Luis Borges, la sustancia de la que está hecho. A menor tiempo, menor libertad, mayor constreñimiento. Los proyectos le urgen, porque pareciera que la autoconstrucción es un pensarse a futuro, y la enfermedad ha destrozado ese futuro imaginado. El enfermo terminal es, ya solo por el hecho de su estado, uno de los seres humanos menos libres que hay.

Hay otro aspecto más. La mayor parte de las enfermedades graves restringen las potencias físicas de la persona que las sufre. Hacen perder movilidad, cognición o funciones orgánicas. Traen dolores atroces que obligan a ingerir calmantes fuertes, generadores a su vez de efectos secundarios. Imponen tratamientos que inmovilizan (como la hemodiálisis o la quimioterapia) o que aíslan por temor a contagios o infecciones (hasta el extremo de las “burbujas” necesarias después de las megadosis químicas con posterior implante de médula).

La miserable vida de un preso de la cárcel de Guantánamo parece a veces un sueño idílico de libertad frente a la de uno de estos pacientes. ¿Insistiremos, entonces, testarudamente, en considerarlos libres a la hora del análisis ético?

Desde un punto de vista jurídico, la libertad requiere de la ausencia de trastornos psíquicos importantes, que puedan incidir sobre la voluntad de la persona. Sin embargo, como lo he destacado en otro sitio, la ciencia médica enseña que es prácticamente imposible que un enfermo grave no se encuentre afectado por una forma, aunque sea leve, de depresión.<sup>425</sup>

Esa depresión necesariamente influye sobre las decisiones del paciente. Esto es completamente lógico y esperable. Empero, si adoptásemos una visión estricta de la salud mental, quedarían privados de la posibilidad de optar prácticamente todos los pacientes terminales que conocieran su condición. Es decir, si vamos a aceptar que ellos decidan sobre su cuerpo y su vida, necesitaremos construir un concepto amplio de la voluntad libre, compatible con la presencia de la depresión.

---

<sup>425</sup> RABINOVICH-BERKMAN, R. D. *Actos jurídicos y documentos biomédicos*. Bs.As: La Ley, 2004, p. 330 ss.

## 8. UNA RELACIÓN MUY DESIGUAL

Así las cosas, la relación del médico con el paciente grave dista mucho de ser horizontal. Ya desde su mera observación externa no lo es. Normalmente, el galeno está de pie y el enfermo en una cama o en una silla. El paciente mira al médico hacia arriba y el facultativo lo contempla hacia abajo. No es raro que le apoye una mano en el hombro. Es un gesto de cariño, pero también marca superioridad. Porque esa mano viene desde arriba, como la del padre que se tiende al hijo pequeño.

El paciente en estos cuadros está normalmente triste, deprimido, desesperado o exaltado. Su vida ha cambiado dramáticamente y sin vuelta atrás. Su existencia se le acaba. Ya no es lo que era ni volverá jamás a serlo. Es lógico que esté devastado, que se sienta destrozado.

La médica que lo trata puede estar amargada al verlo así, puede condolerse sinceramente con el enfermo. Pero luego saldrá del hospital y se irá con su marido al cine o tomará una clase de tango. Y está bien que así sea, porque si no fuera así, no habría quien quisiera abrazar la noble profesión de Hipócrates. Especialmente en aquellas áreas donde la muerte viene más a menudo de visita. Pero lo cierto es que no es una relación entre iguales. Para uno de ellos se termina el mundo. Para el otro, el mundo sigue.

El médico puede usar (y a menudo usa) una ropa especial. Incluso una suministrada por el nosocomio, hasta con el logo de la institución. Pero siempre será el hábito de su profesión, de la carrera que ha elegido, la indumentaria que lo identifica en el lugar que él ha querido ocupar. En muchas oportunidades, además, vestirá su propia camisa, su propia corbata, debajo del guardapolvo blanco.

El paciente no tiene ese privilegio. En muchos hospitales, hasta le obligarán a llevar el camisolín que usan todos los enfermos. Es un atuendo muy raro, bastante chocante para los hombres, porque es poco masculino. Algunos, quizás con la pueril intención de que sean más alegres, están estampados a colores, con dibujitos. En cualquier caso, y aunque no la fuercen a vestir indumentaria institucional, la persona internada se presenta de un modo que no es el usual, ante terceros ajenos a su núcleo íntimo. Nadie, salvo Hugh Hefner, recibe en pijamas. Mujeres que han hecho un culto de su elegancia, hombres rigurosos en el traje, deben atender en hábitos de dormir. Y el galeno de hoy, por cierto, ya no es, salvo raros casos, como de la familia, ni le interesa serlo.

El paciente grave es alguien a quien se le ha acostumbrado, o se le irá acostumbrando, a perder sus más esenciales prerrogativas y raíces. Alejado por largos períodos, o definitivamente, de su casa, más le valdrá habituarse a vivir entre paredes ajenas, muros decorados por el gusto de otros. No pocas veces tendrá por compañía un símbolo religioso que le es extraño, quizás hasta chocante.

Deberá adecuarse al desfile incesante e insolente de enfermeras, mucamas y practicantes, que golpean y entran sin esperar respuesta, o entran directamente sin golpear, abriendo una puerta que no puede trancarse desde adentro. El paciente

grave se irá haciendo a la idea de que su pudor ha quedado fuera del nosocomio, junto con su intimidad y, a veces, hasta con su nombre.

Verá a sus amigos en estrictos horarios de visita y a la mayor parte de sus familiares siempre vestidos de calle. Ya no tendrá la compañía de su perro consentido, del gato travieso. No podrá escuchar su música preferida en el equipo hogareño ni disfrutar de sus filmes eróticos, si los tiene. Hacer el amor será para él (y para quien en tal aventura lo acompañe) una epopeya griega. Hasta hablar de amor se le hará difícil.

¿Hasta qué punto puede alguien que se encuentra en esas condiciones ser tratado y considerado, en las construcciones de análisis ético y jurídico, como una persona libre y autónoma? ¿No estamos, al hacerlo, desdibujando y tergiversando completamente la realidad?

¿Puede alguien en tales circunstancias ingresar, a los efectos del tratamiento de aquella dolencia que justamente lo ha llevado a ese estado, en una relación horizontal, igualitaria, con quien se supone que ha de ayudarlo a sobrellevarla o a superarla?

El paciente grave no acude al médico como quien quiere una mesa y va al carpintero o quien desea una cacerola y va a la herrería. Está angustiado. Quiere vivir más, aunque sea un poco más. O sufrir menos, aunque sea un poco menos. Por más necesidad que pueda yo tener de una mesa o de una olla, si no las consigo, no me muero, no quedo parálítico ni ciego. En manos del galeno pongo mi cuerpo, mi salud, mi tiempo restante. No es lo mismo, aunque la cosmovisión puritana, tan exitosa, lo imagine igual.

Un corolario de estas reflexiones resulta particularmente preocupante. Porque en nuestra construcción posmoderna, o pospositivista, de la relación médico-paciente, hemos mantenido el modelo calvinista en lo externo. Pero, al mismo tiempo, lo hemos drenado de su sustancia interior, que era teológica, porque hemos erradicado los aspectos trascendentes del campo de trabajo científico y ético.

Sin embargo, la mayoría de las personas sigue creyendo en divinidades, una o varias, practicando religiones (con mayor o menor ortodoxia) y confiando en una vida posterior a la muerte.<sup>426</sup> Como los médicos y los pacientes son personas, ellos también, en la mayoría de los casos, tienen ese tipo de creencias.

---

<sup>426</sup> Una estadística verosímil, para septiembre de 2002, arroja que existen en el mundo 2.000.000.000 de cristianos, 1.300.000.000 de musulmanes, 900.000.000 de hinduistas, 360.000.000 de budistas, 225.000.000 de adherentes a las religiones tradicionales chinas, 245.000.000 de creyentes en religiones tribales (sobre todo africanas), 23.000.000 de sikhs, 14.000.000 de judíos, 14.000.000 de espiritistas, 6.000.000 de bahais, 4.000.000 de sintoístas, y 31.650.000 de fieles de otras religiones: juches, jainistas, cao-dai, tenrikyo, neo-paganos, unitario-universalistas, rastafaris, cien religiones tribales (sobre todo africanas), 23.000.000 de sikhs, 14.000.000 de judíos, 14.000.000 de espiritistas, 6.000.000 de bahais, 4.000.000 de sintoístas, y 31.650.000 de fieles de otras religiones: juches, jainistas, cao-dai, tenrikyo, neo-paganos, unitario-universalistas, rastafaris, cien

Empero, esa comunidad en lo trascendental (que no tiene por qué ser comunidad en el credo) no suele considerarse a la hora de los estudios jurídicos ni éticos (con excepción de la escuela llamada “personalista”). Aun así, existe y es muy fuerte. Y genera un aura misteriosa y mágica alrededor de la relación del enfermo y sus galenos, que se nos suele pasar desapercibida.

## 9. CONCLUSIÓN

Tal vez haya llegado la hora de replantear el paradigma de la relación médico-paciente que fuera prácticamente hegemónico en el pensamiento bioético y jurídico de la segunda mitad del siglo XX. Se trata de un modelo explicativo moldeado a partir de la regla Schloendorff, que fue hija, a su vez, de la reacción calvinista puritana contra las (entonces) nuevas formas de ejercicio de la medicina.

Quizás sea el momento de volver a colocar en su debido lugar el trabajo de Beauchamp y Childress, como excelente reflexión limitada al campo de lo biomédico desde un punto de vista abstracto y apriorístico. Concomitantemente, podría revalorizarse, y difundirse de veras, el mensaje de Potter, que era mucho más integral, más planetario, más acorde a nuestros tiempos.

Parece llegado el día de ponernos a construir un paradigma nuevo para interpretar y analizar la relación médico-paciente, que esté basado en una observación atenta de la realidad, sin miedos y sin preconceptos. Es probable que sea conveniente diseñar nuevas categorías jurídicas. En tal caso, habrá que tener el coraje y la creatividad para hacerlo.

---

tólogos y zoroastrianos (*Major Religions of the World Ranked by Number of Adherents*, en [www.adherents.com/Religions\\_By\\_Adherents.html](http://www.adherents.com/Religions_By_Adherents.html), sitio de *Adherents.com*, reconocido banco de datos religiosos). Se aclara que: “Las cifras brindadas son estimaciones aproximadas, fundamentalmente a efectos de ordenar los grupos, no de proveer un número definitivo. La lista es sociológico-estadística en perspectiva”. Es decir, 5.122.620.000 personas, aproximadamente, para esa reciente fecha, se confesaban creyentes, de diferentes maneras, en la subsistencia de la vida después de la muerte. De acuerdo con la Oficina de Censos de los Estados Unidos de Norteamérica, la población mundial ascendía, para ese mismo año (2002), a unos 6.200.000.000 (*Global Population Profile: 2002*, en [www.census.gov/ipc/www/wp02.html](http://www.census.gov/ipc/www/wp02.html), sitio del U.S. Census Bureau). Quiere decir que, en un porcentaje que probablemente se mantenga hoy parecido, un 82,62% de los seres humanos sustentan ese tipo de creencias. De cada diez personas que pisan la faz de la Tierra, ocho asumen que la conciencia sobrevive a la muerte.

## EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS

Laura Gázquez Serrano (\*)

### I- INTRODUCCIÓN

La Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, define en su artículo 3 el consentimiento informado como “la conformidad, libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”. Es decir, el paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente. Se contempla como un derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad<sup>427</sup>. Además, el artículo 8 impone la necesidad de su obtención con carácter previo a toda actuación en el ámbito de la salud, y en segundo lugar, los supuestos en los que no se dará verbalmente sino por escrito: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El punto de inflexión en el Ordenamiento Jurídico español en relación con el consentimiento informado fue el “Convenio del Consejo de Europa” para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina –“Convenio de Oviedo”–, que entró en vigor en España, el 1º de enero de 2000. El citado Convenio es un precedente fundamental en nuestra legislación actual, ya que la Ley 41/2002 supone la adaptación de las previsiones del Convenio a nuestro Ordenamiento Jurídico.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo considera el consentimiento informado como un derecho fundamental, y en este sentido la sentencia del 12 de enero de 2001 lo define como el derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuen-

---

(\*) Profesora Titular de Derecho Civil Universidad de Granada.

<sup>427</sup> Además de esta ley de ámbito nacional, hay leyes autonómicas, pudiendo citar entre otras, la Ley Catalana 21/2000 del 29 de diciembre del Parlamento de Cataluña, la Ley Gallega 3/2001 del 28 de mayo, la Ley Foral Navarra, 11/2002, del 6 de mayo, la Ley 3/2005, del 8 de julio de la Junta de Extremadura, la Ley Valenciana 1/2003, del 28 de enero, la de Castilla León 8/2003, del 8 de abril, la de Madrid, Ley 12/2001, del 21 de diciembre, La Rioja Ley 2/2002, del 17 de abril, Ley 6/2002 del 15 de abril de Aragón.



cia de la autodisposición sobre el propio cuerpo y de los derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia.

En diferentes pronunciamientos, la Sala Primera del Tribunal Supremo considera que este derecho del paciente encuentra su fundamento y apoyo normativo en los siguientes textos legales [SSTS, Sala 1ª, 23 de julio de 2003 (EDJ 2003,80469), 27 de septiembre de 2001 (EDJ 2001,30954), y 12 de enero de 2001 (EDJ 2001,6)]:

- a.** En la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de la que se ocupan el artículo 1.1, reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias (Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, del 18 de junio), y en el artículo 9.2.
- b.** En los pactos internacionales, como la “Declaración Universal de Derechos Humanos” del 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29.
- c.** En el “Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”, de Roma, 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9.
- d.** En el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York” del 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10.
- e.** Dentro de la propia normativa española se regula específicamente en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, en especial, en sus capítulos II y IV, y en el “Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina”.

La Ley establece varios sujetos como responsables de informar al paciente. Así, por una parte, el médico responsable del paciente es el obligado a garantizar el cumplimiento de su derecho a la información (art. 4.3). Por médico responsable, la Ley entiende el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial (art. 3). Además, el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente (art. 10.2). Junto a este, también serán responsables de informar al paciente los profesionales que lo atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto (art. 4.3). En reiteradas sentencias, la Sala Primera del Tribunal Supremo ya había señalado que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al centro hospitalario [SSTS, Sala 1, 23 de julio de

2003 (EDJ 2003,80469), 8 de septiembre de 2003 (EDJ 2003/92643), 12 de enero de 2001 (EDJ 2001,6) y 16 de octubre de 1998 (EDJ 1998,21887)]. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo del 24 de mayo de 1995 (EDJ 1995,3361), señaló que “todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica, y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato”, circunstancias estas que se encuentran recogidas en el art. 10.6c de la Ley 14/1986 General de Sanidad, del 25 de abril, al establecer el derecho que existe “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto: [...] cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

Como declaró la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia del 15 de mayo de 2008, “el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”. Hay que estimar por ello que la información previa al consentimiento puede prestarse por el médico responsable. O sea, con un solo informador es suficiente, cuando el informe radica en la actuación de la entidad sanitaria, ya que más exigencias llevarían al absurdo, como dice la parte recurrente, no cabe esperar que, a la vista de cada intervención quirúrgica que se avecina, procedan cada uno de los llamados a intervenir tanto en ella como en sus pruebas previas y posteriores, como son el ginecólogo, el cirujano, el anestésista o el analista, a redactar bajo su propia e individual iniciativa una información escrita de los riesgos que a su personal juicio le conciernen, sino, al contrario, es lo procedente y ajustado a las invocadas circunstancias que tales informaciones sean conjuntamente ofrecidas por la entidad sanitaria responsable de la prestación con arreglo a criterios uniformes, generalmente aceptados y conformes con el dictado legal.

Con respecto al contenido de la información, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que el derecho del paciente abarca los siguientes términos: el diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, el pronóstico que normalmente puede esperarse de su tratamiento, los riesgos que del mismo puedan derivarse, y si es posible la opción de tratamientos alternativos<sup>428</sup>.

La sentencia del 10 de mayo de 2006 (rec. 3476/99), de modo muy similar a la del 15 de noviembre del mismo año (rec. 771/00), expone la jurisprudencia sobre el deber de información del médico y el consentimiento informado del paciente en los siguientes términos: “La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la

---

<sup>428</sup> Cf. entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 25 de abril de 1994, 2 de octubre de 1997 y 11 de mayo de 2001.

importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica" (SSTS del 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma.

El paciente tiene derecho a que se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, y es evidente que esta falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), como precisa la sentencia del 2 de julio de 2002.

Y además, como señala la sentencia del 27 de abril de 2001, la información debe ser exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario se integre como los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente; y también ha de tratarse de información suficiente, a fin de poder contar con datos claros y precisos para decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. Es más, la información debe ser correcta, veraz y leal, pues en definitiva de este modo se formará el consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad, que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad.

## **II- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS**

La omisión del consentimiento previo o la insuficiencia del mismo determina la asunción de los riesgos por el facultativo, y por ello su responsabilidad por los daños que pudieran producirse. La jurisprudencia ha señalado que en los casos de ausencia o deficiente información asistencial se priva al paciente del derecho

a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento y derivados, derecho a nuevas consultas, derecho a elegir o derecho a demorarse en la práctica del acto médico. En estos casos, el facultativo y el centro sanitario incurrirán en responsabilidad civil o patrimonial, según se trate de un centro privado o público, donde se haya prestado la asistencia sanitaria. Por ello, señala la STS, Sala Primera, del 8 de septiembre de 2003, pese a que la actuación del médico se hubiera efectuado conforme a las reglas de la *lex artis*, el centro sanitario y este responderán solidariamente por una indemnización que responda a la privación del derecho a ser informado del paciente y de las posibilidades que podría tener en relación con la intervención que se le debía practicar.

Según la sentencia de la Sala Primera del 21 de enero de 2009, la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la *lex artis ad hoc*, o lo que es lo mismo, un supuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficientes, y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que lo atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS 15 de noviembre 2006, y las que en ella se citan). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, y ahora con más precisión, con la Ley 41/2002, de la autonomía del paciente –que constituye el marco normativo actual–, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual –contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra–, como si opera en la relación meramente extracontractual, debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS, 19 de noviembre de 2007), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta es que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico. La doctrina de esta Sala ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* (SSTS 2 de octubre de 1997; 26 de enero y 10 de noviembre de 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002; 29 de julio de 2008), garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en las que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente. Esto ocurre de manera especial en aquellos

tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco, dentro de la normal relación con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva. La sentencia del 29 de mayo de 2003 afirmó que debe, al menos, “quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”, como exige la Ley del 24 de noviembre de 2002. Esta doctrina, por tanto, no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios.

En numerosas ocasiones, en un alto porcentaje —en 7 de cada 10 casos— en la práctica forense se ha condenado al médico no por su impericia o negligencia profesional<sup>429</sup>, sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico<sup>430</sup> y así, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, del 23 de abril de 1992, una menor tenía una enfermedad con probabilidades de mejorar o curar en virtud de varios tratamientos, siendo uno de ellos la operación. Pues bien, el médico opera a la niña sin informar a sus padres de la existencia de otras posibilidades de actuación médica y, tras la operación, la enferma queda parálitica y se condena al médico a pagar una indemnización importante por haber actuado negligentemente, al

---

<sup>429</sup> Vid. BELLO JANEIRO, Domingo. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*. Madrid: Reus, 2009, pp. 68 a 85; y también el *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Argentina: Legis, 2007, pp. 609 a 709.

<sup>430</sup> En la sentencia del 17 de noviembre de 2005, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, se concluye la desestimación de la demanda por la que una paciente reclama una indemnización al médico que la intervino con fundamento en la falta de información sobre las posibles secuelas y riesgos en los que podía incurrir a resultas del acto quirúrgico al que fue sometida, en un caso en que se pretendía la responsabilidad civil médica, siendo que ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el recurso de casación, la parte actora obtiene sentencia favorable, y el Tribunal Supremo, aplicando doctrina consolidada, manifiesta que la exigencia de la constancia escrita de la información médica tiene mero valor *ad probationem* y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso, de suerte que, por consiguiente, habiendo declarado la Sala de instancia que existió el consentimiento informado, considera el Alto Tribunal que no cabe atribuir ausencia de información alguna al demandado. Sobre el tema, véase FRAGA MANDIAN, A. y LAMAS MEILAN, M. M. “El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista Xurídica Galega*, Santiago de Compostela, 1999; GALÁN CORTÉS, J. C. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid: Civitas, 2001; AR-COS VIEIRA, M. L. *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*. Pamplona: Aranzadi, 2007; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. “Algunas reflexiones sobre el consentimiento informado en el acto médico”, en *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Fundación Lilly, 2008, p 379 y ss.

no informar a los padres de los riesgos de la operación y de la existencia de otras alternativas, todo lo cual aparece ahora ampliamente contemplado en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.<sup>431</sup>

En similar sentido se ha pronunciado la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 21 de diciembre de 2005.<sup>432</sup> Es el caso de los padres de un niño nacido con síndrome de Down, que formulan una demanda de responsabilidad civil

---

<sup>431</sup> El artículo 10 de la Ley 41/2002, en relación a las condiciones de la información y consentimiento por escrito, señala que el facultativo le proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica sobre las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones, tras lo que añade que el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente, disponiéndose en el siguiente artículo, sobre las instrucciones previas, que por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo, de suerte que el otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Es preciso que cada servicio de salud regule el procedimiento adecuado para que se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito, y sin que sean aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la lex artis, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, debiendo quedar en la historia clínica del paciente constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. Se concluye que las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento, dejando constancia por escrito, y que con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas, que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Cfr. DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*. Valladolid: Lex Nova, 2003; y "La expresión anticipada de voluntades en el ámbito sanitario. El documento de instrucciones previas", en *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia*. Madrid: Fundación Lilly, 2008, p 411 y ss.

<sup>432</sup> Vid. comentario de dicha sentencia a cargo de NAVARRO MICHEL, M. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, octubre/diciembre 2006, número 72, p. 1637 y ss., donde pone de relieve el planteamiento del Supremo en este caso de diagnóstico prenatal en que la información incluye "todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, incluso las más remotas", concluyendo que, con independencia de cuál hubiese sido la decisión sobre el aborto, si bien la mujer embarazada asume el coste de tener un hijo, lo que no asume es el mayor coste derivado de su discapacidad.

contra el Servicio Vasco de Salud, el hospital que atendió a la madre y la compañía aseguradora, en reclamo de una indemnización porque, durante la gestación la madre se sometió, dada su edad (40 años), a una prueba de diagnóstico prenatal y se le comunicó por el servicio hospitalario que el feto era cromosómicamente normal y que no padecía síndrome de Down, manifestando el Tribunal Supremo que el consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y que, como tal, forma parte de toda actuación asistencial, hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico.

Tras todo ese razonamiento, considera el Alto Tribunal, que, en el caso examinado, dado que no se informó o explicó a la paciente las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto, se establece una relación de causalidad directa y negligente entre la actuación profesional del Centro Médico en el que se realizaron las pruebas y el derecho de la mujer a ser informada de una forma suficientemente clara y completa sobre el resultado del diagnóstico para, en función de esa información, poder tomar la decisión que, según su propia y libre convicción, se ajustaba más efectivamente a su proyecto de vida, como es la opción de interrumpir el embarazo.<sup>433</sup>

En el caso de daños producidos o relacionados con la anestesia, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, del 28 de junio de 1997, sobre un caso de fallecimiento postoperatorio por reacción anafiláctica, confirma la condena únicamente del cirujano por no haber informado al intensivista del historial alérgico del paciente.

También en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 28 de diciembre de 1998 se trató del deber de información, una vez rechazados los motivos en los que el recurso se fundamentaba, al no quedar demostrado que los problemas de impotencia e incontinencia urinaria que el paciente padecía fueran debidos, efectivamente, a una actuación quirúrgica negligente, alegándose que este deber de información había sido infringido, sobre todo en el punto relativo a los riesgos de la intervención y en especial la impotencia *coeundi* y la incontinencia urinaria.

En efecto, aun existiendo falta de información al paciente, en cualquier caso resulta absolutamente necesaria la prueba del nexo causal del daño vinculado a la omisión o intervención médica para la procedencia de la reclamación, como

---

<sup>433</sup> La Ley 41/2002 se refiere al consentimiento informado, destacando en el apartado 2 del artículo 2 que “toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes y usuarios”, lo cual aparece condicionado a que el paciente haya recibido una información adecuada, añadiéndose en el apartado 6 del citado artículo que “todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no solo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”. Cfr. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P. *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*. Valencia: Tiran lo blanch, 2002.

concluye la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 407/2008, del 14 de mayo<sup>434</sup>, que sostiene que ninguno de los informes que han sido objeto de una razonable valoración sitúa el origen del daño en una mala praxis médica, sino en una previa enfermedad sufrida por la actora, habiendo reiterado la Sala Primera que la carga de probar la base fáctica del nexo causal corresponde a la parte demandante que es quien debe soportar las consecuencias desfavorables de su falta de acreditación, como ocurre en este caso, en que, a mayor abundamiento, se concluye que, aun admitiendo falta de información al paciente, no existe en este caso daño alguno vinculado a su omisión o a la propia intervención médica.<sup>435</sup>

Entrando a examinar la necesaria concurrencia, en supuestos de responsabilidad sanitaria, del nexo causal entre el daño causado y la actuación (activa o pasiva) de los facultativos médicos demandados, señala la sentencia del 26 de julio de 2006 que “sea cual fuere el criterio seguido para atribuir la responsabilidad, ya el de naturaleza subjetiva, ya el basado en la doctrina del daño desproporcionado –que, según recuerda la sentencia del 15 de febrero de 2006, no conduce per se a la objetivización de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño–, ya, en fin, el de carácter objetivo derivado de la aplicación de leyes especiales, en todo caso es preciso que se dé un enlace causal entre el daño

---

<sup>434</sup> *El pleito del que trae causa el recurso versó sobre la responsabilidad civil ligada a un acto médico, del que derivaron para el paciente daños consistentes en parálisis intestinal y falta de sensibilidad de las caderas hacia abajo, necesitando muletas para caminar, con pérdida de control de sus necesidades fisiológicas más elementales, revocando la Audiencia la sentencia parcialmente estimatoria del juzgado, y rechazando la demanda en su totalidad, en la que el único motivo casacional cuestiona la valoración probatoria, defendiendo acreditada la relación de causalidad entre el daño y la intervención quirúrgica en su día practicada a la actora, lo que se entiende que se hace supuesto de la cuestión, pues se pretende solamente sustituir la valoración de la prueba que ha realizado la Audiencia Provincial, en uso de la facultad que al efecto le corresponde, por la propia de quien recurre. Sobre el tema, ARCOS VIEIRA, M. L. Responsabilidad civil: nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia (con especial referencia a la responsabilidad por omisión). Pamplona: Aranzadi, 2005; y GARCÍA RUBIO, M. P. “El incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad médica”, en Libro homenaje al profesor Alonso Pérez. Madrid, La Ley, 2006, vol. I, p. 801 y ss.*

<sup>435</sup> *En concreto, la cita en el motivo del artículo 10 de la Ley 14/1985 sugiere que no se le informó de los riesgos que conllevaba la intervención, razonando el Supremo que la sentencia recurrida no da respuesta a la ausencia de información en el proceso del que resultaron las secuelas sufridas por la actora, bien es cierto que su carácter de absolutoria permite extender la desestimación de la demanda a todos sus pedimentos, incluido el de la falta de información, que no conlleva en el caso una pretensión económica autónoma, sino asociada a la negligencia médica. Ahora bien, aun reconociendo que la vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de la lex artis ad hoc, basta para desestimar esta alegación el hecho de que no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica, puesto que las secuelas aparecen asociadas al proceso degenerativo de la enfermedad padecida por la actora y no es posible en esta alzada, sobre la base de hechos distintos de los que resultan probados, calificar de negligente el actuar del demandado pues sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria, que compete exclusivamente al tribunal de instancia.*



y la actuación del demandado que opera como ineludible presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad de este, por más que su rigor se atenúe por la aplicación de aquellos criterios que se han utilizado como alternativos para atribuir la responsabilidad en este campo, incluso por el de la atribución al paciente de la valoración de la relación de causalidad, que le permitiría demostrar que si el médico hubiera actuado de manera distinta de aquella en que lo hizo no se hubiera producido el resultado dañoso –sentencia del 17 de noviembre de 2004–; de modo que cuando falta ese nexo causal no puede declararse la responsabilidad”.<sup>436</sup>

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 30 de abril de 2007, frente a la alegación de la falta de información del riesgo de la operación, el Tribunal Supremo centra el problema en este caso en que no hay constancia escrita de que se haya informado a los padres del menor de la concreta técnica quirúrgica que se iba a utilizar, por lo que no hay consentimiento autorizado específico para ello, de suerte que existe la autorización escrita para la intervención quirúrgica, y hubo información verbal, pero no consta si esta se extendió al particular expresado y ello plantea el problema de si se dio cumplimiento al deber de informar (ex art. 10.5 de la Ley de Sanidad 14/86, del 25 de abril, de aplicación por razones de derecho intertemporal).<sup>437</sup>

Ponderadas las diversas circunstancias concurrentes en el caso, en esta sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 30 de abril de 2007, se concluye que debe estimarse que la omisión expresada no supone incumplimiento del de-

---

<sup>436</sup> *Sobre la relación de causalidad y su prueba tiene declarado esta Sala –sentencia del 18 de junio de 2006, con cita de la del 25 de septiembre de 2003– que “corresponde la carga de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante” y que “en todo caso, es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción” –sentencia del 6 de noviembre de 2001–. Dispone además la sentencia del 30 de octubre de 2002 que “siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse”. Por su parte, establece la sentencia del 27 de diciembre de 2002 que “como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de la cumplida demostración del nexo referido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño –que es lo que determina su obligación de repararlo– no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos”. La causalidad, como recoge la sentencia del 26 de julio de 2006, “es una causalidad física o material, antes que jurídica, cuya determinación constituye una questio facti que, como tal, es función propia de la instancia, y resulta ajena, por tanto, al control casacional salvo que se combata la apreciación del tribunal de instancia sobre este particular, mediante la oportuna y adecuada formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de prueba que se considera infringida”.*

<sup>437</sup> *De manera específica, en el cuerpo del motivo al respecto de dicha falta de información, se argumenta que no consta autorización específica ni acreditación de haberse informado a los actores sobre la técnica quirúrgica a la que iba a ser sometido su hijo, y que debió informarse de ella porque en el implante de lente intraocular hay evidentemente riesgo, añadiendo que no se puede manifestar que no existía alto riesgo cuando el niño ha quedado ciego por la cadena consecencial que trae causa del implante de la lente intraocular.*

ber de información del artículo 10.5 (y tampoco del 10.6, por cierto, no aludido en el motivo) de la Ley de Sanidad, que ahora tiene su regulación más detallada en la Ley 41/2002<sup>438</sup>, señalando que al efecto debe tenerse en cuenta la absoluta necesidad de la intervención y que la técnica de implante de lente intraocular era ya técnica habitual, con claras ventajas y beneficios para el paciente respecto de alternativas operatorias anteriores, las que incluso son calificadas en uno de los informes periciales como obsoletas respecto de la efectuada.<sup>439</sup>

En el caso resuelto por la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 28 de noviembre de 2007, la cuestión litigiosa se centra principalmente en la determinación de si el documento firmado por la actora antes de la intervención quirúrgica consistente en la ligadura de trompas que le fue practicada durante su segundo parto con cesárea –quedó posteriormente embarazada, y también por este procedimiento, dio a luz un niño con una afección diagnosticada de cardiopatía congénita– cumplía o no las exigencias necesarias para considerarlo como suficiente en el ámbito del consentimiento informado, lo que se confirma, al igual que en las dos instancias anteriores<sup>440</sup>, puesto que en el caso de autos, amén del

---

<sup>438</sup> En la Ley 41/2002 se declara, en el artículo 8, que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 de dicha ley, haya valorado las opciones propias del caso, especificándose que el consentimiento será verbal por regla general, tras lo que se añade que, sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, señalándose a continuación en el apartado 3 de dicho precepto que el consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos, concluyendo dicho precepto con el apartado 4, en que se dice que todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud, así como el último en que se reconoce que el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.

<sup>439</sup> A ello debe añadirse, por un lado, que, según sienta la sentencia recurrida con sustento en la pericial médica –y ello ha devenido incólume y vinculante para el Tribunal Supremo–, no hay relación de causalidad entre la implantación de lente intraocular y la infección determinante de la pérdida de la visión, y, por otro lado, que el juicio médico acogido por el juzgador a quo conceptúa la complicación de “causal”, “poco frecuente”, “excepcional” e “inevitable”, cuya calificación excluye la apreciación, no ya del “alto riesgo” al que se refiere el motivo, sino, incluso, del “riesgo real y efectivo” respecto del que resulta exigible informar.

<sup>440</sup> El juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la de la Audiencia, en el sentido de no efectuar condena en las costas causadas en primera instancia, concluyendo el Supremo que no ha lugar al recurso en que en el motivo segundo, al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aduce transgresión del artículo 10, párrafos 2, 5 y 6 de la Ley 14/86, en relación con el contenido del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España, del 11 de abril de 1978 (artículo 11), así como con la “Carta de Derechos y Deberes del Paciente” aprobada por el Ministerio de Sanidad (punto cuarto); igualmente, por vulneración de lo dispuesto en los artículos 5 y 6 del “Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina”, aprobado por el Consejo de Europa el 4 de abril de -

documento transcrito, la sentencia recurrida considera probado que la información verbal complementaria le ha sido facilitada a la paciente.<sup>441</sup>

Igualmente, en la sentencia del 23 de noviembre de 2007, se responsabiliza a los médicos que atendieron el embarazo por no haber proporcionado la información requerida en un embarazo de riesgo; en el presente caso la señora, mayor de 40 años, fue atendida por diversos médicos en las distintas fases del embarazo, sin que en ningún momento fuera informada de las posibilidades de realizarse pruebas de diagnóstico prenatal, y no figura ningún tipo de consentimiento en relación a este tipo de pruebas. La hija de la demandante nació afectada de síndrome de Down, y de una grave dolencia cardíaca. En el caso examinado concurren diversas circunstancias que llevan a la Sala Primera a estimar que la falta de información se produjo.

En primer lugar, no consta que se hubiera o no proporcionado la información sobre las posibilidades de diagnóstico en su embarazo, que debía ser calificado de riesgo, dada la edad de la embarazada. Asimismo, la jurisprudencia es unánime en considerar que es al médico a quien corresponde la carga de la prueba de haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente y ello basándose no solo en las disposiciones legales, sino también en el criterio de la primacía y así se declara en las sentencias del 25 de abril 1994, 31 de julio de 1996, 16 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001, 29 de mayo y 8 de septiembre de 2003, 7 de abril y 29 de octubre de 2004, 29 de septiembre de 2005, 15 de mayo y 26 de junio de 2006, 6, 19 y 29 de junio de 2007, 19 de julio de 2007. Por otra parte, la edad de la embarazada (43 años) era indicativa de un embarazo de riesgo, a lo que debe acompañarse la circunstancia de haberlo puesto de relieve

---

1997 y ratificado por España ("Convenio de Oviedo"), por Instrumento de fecha 23 de julio de 1999 (BOE de 20 de octubre de 1999), por cuanto que, según denuncia, la sentencia de instancia ha considerado que la información suministrada a la paciente fue lo suficientemente explícita y completa como para prestar su consentimiento, y, por tanto, válido a los efectos prevenidos en la legislación de aplicación para consentir plenamente, no obstante no ha quedado fehacientemente constatado en qué medio de prueba pudieran sustentarse tales afirmaciones, se desestima porque la sentencia de apelación, tras analizar e interpretar el documento de consentimiento cuestionado ha manifestado que ha cumplido en su momento las exigencias mínimas que le correspondían, pese a su escueta redacción, por lo que la interesada fue sabedora de las consecuencias de la intervención, y el hecho de que, pasados casi tres años, se produjera una concepción no deseada, estaba dentro de lo previsible, aunque fuese poco probable.

<sup>441</sup> En dicha sentencia del Supremo del 28 de noviembre de 2007, se destaca que la Sala de lo Civil ha declarado reiteradamente que la información al paciente ha de ser puntual, correcta, veraz, leal, continuada, precisa y exhaustiva, es decir, que para la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos a su alcance para poder entenderla debidamente y también ha de tratarse de información suficiente que permita contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o proponen; el consentimiento prestado mediante documentos impresos constituye una exigencia impuesta por el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, si bien se permite su práctica en forma verbal.

la propia paciente en la primera visita realizada. Por último, cabe destacar que la información requerida tiene como finalidad proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a la vista de las características de su embarazo. Como afirma la sentencia del 6 de julio de 2007, “la información constituye un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación esencial, hallándose incluida dentro de la obligación de medios asumida por el médico”, de modo que la falta de información “no es irrelevante desde el punto de vista de la autonomía del individuo, puesto que se le priva de la facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas actuaciones que pudiera considerar adecuada”.

En el presente procedimiento no se ha probado por quien debía hacerlo (los médicos que atendieron el embarazo), que se hubiese proporcionado información sobre las consecuencias y pruebas posibles en el embarazo de la demandante. Por ello, se debe considerar vulnerado su derecho a la información y en consecuencia, deben estimarse los dos primeros motivos.

Sobre ello, el Tribunal Supremo declara que en cuanto a la carga de la prueba del cumplimiento de este deber de información, ha de recaer sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguir su prueba, y que la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia.<sup>442</sup>

Además, como afirma la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 27 de septiembre de 2010, hay que tener en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se puedan derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resulten de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica, problemas con la anestesia. Lo contrario supone poner al médico en una respon-

---

<sup>442</sup> En el presente caso, la impotencia coeundi y la incontinencia urinaria no pueden ser consideradas como riesgos típicos a los que debiera extenderse el deber de información del cirujano de acuerdo con los informes periciales obrantes en autos, y así se manifiesta respecto a la impotencia “que todo puede ser posible si bien en los anuarios no existe ningún caso”, en tanto que el informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona se pronuncia en el sentido de que “constituyen clínicamente incidencias inevitables que estadísticamente está comprobado se presentan entre 1-3% de las prostatectomías”. En consecuencia, no puede afirmarse que el médico demandado haya incumplido su obligación de informar al demandante de los riesgos normalmente previsible de la operación a la que se iba a someter.

sabilidad de naturaleza objetiva, en cuanto se lo responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado, en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad o relación de causalidad, que en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a las *lex artis*.

Al respecto, en la sentencia de la Sala de lo Civil del 8 de noviembre de 2007, en un caso de lesión por láser argón, se rechaza el primer motivo del recurso promovido por el médico en el que se pretende la aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil y la vulneración de los artículos 14, 18, 24.1 y 2 de la Constitución, que vedan la exigencia de la prueba diabólica o imposible de un hecho negativo, en la medida en que se pretende el correcto tratamiento sanitario y la conducta diligente e irreprochable del recurrente y su adecuación a la *lex artis* exigible, alegando que el resultado final se produjo por circunstancias indeterminadas e imprevistas, aceptando el Supremo la argumentación de la sentencia de instancia que rechaza este motivo del recurso puesto que ni siquiera aporta el historial clínico del paciente, siendo que no se descarta en el informe médico la posibilidad de lesión por el tratamiento empleado al no realizarse de forma correcta, de suerte que se acredita que la actuación médica era susceptible de generar el daño producido por indebida aplicación del tratamiento.

Con tal punto de partida, y con base en jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Constitucional, se asume también la argumentación de la sentencia de instancia, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar con una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose de tal modo un desplazamiento de la carga probatoria en términos ya vistos.

Tal conclusión encuentra un mayor fundamento, si cabe, en el hecho de que no consta el consentimiento informado del paciente acerca de los riesgos posibles de la intervención, de manera que estos no fueron debidamente asumidos y aceptados, y esta omisión culposa es otro elemento de apoyo para fundamentar que el médico asume por sí solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente o la persona llamada a prestar dicho consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible al haberse prescindido de la exigencia legal acerca de la forma escrita del consentimiento para la realización de cualquier intervención, salvo en supuestos de urgencia, incapacidad del enfermo, o riesgo para la salud pública.

Sobre la prueba del consentimiento, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 23 de noviembre de 2007,<sup>443</sup> es muy contundente al respecto, cuando señala que es al médico a quien le corresponde la carga de la prueba de

---

<sup>443</sup> Vid comentario de MÉNDEZ SERRANO, M. M. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, mayo/agosto 2008, número 77, p. 853 y ss., donde señala que la carga de la prueba, tanto de la culpa como de la relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica se rige por la doctrina de la "facilidad probatoria", actualmente recogida en el artículo 217 de la-

haber obtenido el consentimiento informado previo del paciente y ello basándose no solo en las disposiciones legales, sino también en el criterio de la primacía, y así se declara en las sentencias del 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 16 de octubre, 10 de noviembre y 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 26 de septiembre de 2000, 12 de enero y 27 de abril de 2001, 29 de mayo y 8 de septiembre de 2003, 7 de abril y 29 de octubre de 2004, 29 de septiembre de 2005, 15 de mayo y 26 de junio de 2006, 6, 19 y 29 de junio y 19 de julio de 2007.

En tal dirección se produce la citada sentencia del 29 de julio de 2008,<sup>444</sup> donde por las pruebas, que no pueden ser examinadas de nuevo por el Supremo, como tantas veces se dice,<sup>445</sup> se concluye el consentimiento informado suficiente pues

---

*LEC 1/2000, es decir, la carga de la prueba sobre la existencia del adecuado consentimiento informado recae sobre el facultativo, por ser quien se halla en una situación más favorable para conseguir su acreditación. También se recuerda que hasta el año 1997 numerosas sentencias del Tribunal Supremo afirman que, en sede de responsabilidad civil médica, contractual y extracontractual, la carga de la prueba recae sobre el paciente (SSTS 13 de junio de 1987, 12 de julio de 1988, 6 de noviembre de 1990, 7 de febrero de 1990, 6 de junio de 1990, 8 de octubre de 1992, 4 de marzo de 1993, 23 de marzo de 1993, 2 de febrero de 1993, 15 de febrero de 1993, 25 de abril de 1994, 29 de marzo de 1994, 12 de julio de 1994, 14 de noviembre de 1994, 20 de febrero de 1995, 16 de febrero de 1995, 10 de febrero de 1996, 8 de abril de 1996, 1 de junio de 1996, 23 de septiembre de 1996, 25 de julio de 1996, 31 de julio de 1996, 10 de diciembre de 1996, 20 de junio de 1997, 10 de noviembre de 1997), tras lo que se añade que, a pesar de estas y otras excepciones, tras la emblemática sentencia del 10 de julio de 1943, se inició la repetida praxis de la inversión de la carga de la prueba o dispensa de la misma para el perjudicado o víctima, que se ha consolidado en los últimos años y a la que hacemos referencia en el texto. Sobre el tema, desde otra perspectiva también se pronuncia RIBOT IGUALADA, comentando la sentencia del 10 de mayo de 2006, CCJC, número 74, mayo/agosto 2007, p. 773 y ss.*

<sup>444</sup> *Se exige que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, pues se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales (SSTS 25 de abril de 1994, 16 de octubre de 1998, 10 de noviembre de 1998, 8 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999, 7 de marzo de 2000, 12 de enero de 2001 y 26 de junio de 2006, rec. 4072/1999), concluyéndose que ha existido información suficiente para obtener el consentimiento del paciente para la aplicación de un tratamiento médico a que aluden las sentencias del 20 de septiembre de 2005, 17 de abril de 2007, rec. 1773/2000, 28 de noviembre de 2007, rec. 4889/2000, al considerarse inamovible la conclusión probatoria de la sentencia recurrida, según la cual se ha probado que se informó al paciente de la posibilidad de sufrir eyaculación retrógrada, y que dicha información le había sido suministrada de manera circunstanciada con anterioridad a la intervención, aunque no por escrito, y que el paciente dio su consentimiento.*

<sup>445</sup> *La conclusión del consentimiento informado en el caso aparece fundada en un detallado análisis y valoración de las declaraciones del cirujano, del ayudante y del anestesista, y de las informaciones suministradas por el paciente psiquiatra que lo atendió, las cuales aparecen examinadas con razonable detenimiento y en contraste con los demás elementos probatorios, concluyéndose que nada permite sustentar la opinión del recurrente en el sentido de que no se practicó la información con el alcance que resulta preceptivo según la ley y la jurisprudencia, pues esta alegación no aparece fundada en elemento alguno concreto de la prueba que de manera suficientemente manifiesta pueda demostrar lo contrario, de modo que, en suma, la parte parece reclamar implícitamente de la Sala de lo Civil del Supremo un nuevo examen de la prueba en su conjunto, llamando la atención sobre unos u otros extremos (verbigracia, de la prueba de confesión) que, a su juicio, contradicen la valoración efectuada por la Sala de apelación, pero, como tantas veces ha advertido el Supremo, esta operación no podría ser llevada a cabo sin exceder de manera notoria las facultades de casación que les confiere la ley.*

no se advierte, en suma, que procediera la información al paciente de un tratamiento alternativo respecto del que el cirujano se vio obligado a decidir en el momento mismo de la intervención y que, por otra parte, no era el indicado, pues el requisito de la completitud de la información exigido por el artículo 10.5 LGS no comporta que esta deba ser exhaustiva, sino adecuada en términos razonables conforme a las circunstancias.<sup>446</sup>

La sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Málaga con fecha 10 de julio de 2006 considera que existió consentimiento informado, pues si bien la información escrita podría resultar insuficiente por genérica, la misma se habría completado con las numerosas entrevistas entre médico y paciente; aparte pues del impreso genérico, hubo varias conversaciones entre el médico y el paciente en las que se le explicaba todo lo referente a la operación y a sus consecuencias, siendo la información proporcionada oportuna y razonable en relación a la intervención y al paciente usuario al que se le pusieron de manifiesto los eventuales riesgos, previsibles e incluso frecuentes, para prestar su conformidad al acto médico en cuestión, señalando que la libertad de opción del paciente es mayor, en los supuestos de medicina voluntaria, frente a los supuestos de medicina necesaria o curativa.

El consentimiento informado, por su propia naturaleza, continúa precisando el Supremo en esta interesante sentencia del 29 de julio de 2008, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la entonces vigente en este apartado tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en las que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente,<sup>447</sup> de suerte que la falta de forma escrita no determina por sí, en conse-

---

<sup>446</sup> *De modo más específico se afirma que no se informó de las alternativas del tratamiento, haciendo sin duda referencia a la posibilidad de la práctica de la dilatación de la vejiga en lugar de la intervención practicada, a lo que el Supremo responde que, sin embargo, la sentencia recurrida afirma que la técnica seguida (trigonocervicotomía), según se desprende de los informes periciales, fue precisa para alcanzar un tratamiento endoscópico lo más perfecto posible de la tumoración vesical; fue necesario decidirlo durante la intervención al advertir la estenosis del cuello de la vejiga; era la técnica de referencia; y la alternativa propuesta por el actor de dilatación prostática era una técnica con muy escasos buenos resultados.*

<sup>447</sup> *En consonancia con este principio, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil viene declarando que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem (SSTS 2 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 10 de noviembre de 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002 ) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre de 2000, 10 de febrero de 2004, rec. 768/1998 y 29 de septiembre de 2005 rec. 189/1999), siempre que quede constancia en la historia clínica del paciente y en la documentación hospitalaria que le afecte (STS de 29 de mayo de 2003), como exige hoy la LAP.*

cuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, que tiene mero valor *ad probationem*.<sup>448</sup>

En este sentido, cabe destacar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 22 de septiembre de 2010. El recurso de casación se articula sobre la base de tres motivos. En el primero, se alega la infracción de los arts. 1101 y 1902, en relación con el art. 10.5° y 6° de la Ley General de Sanidad, en cuanto a la responsabilidad contractual y extracontractual del personal sanitario y el derecho al consentimiento informado, el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia y la libertad personal de decidir por sí mismo. Sin embargo, se desestima, ya que no solo hubo información de los riesgos y complicaciones que pudieran surgir durante o con posterioridad a la intervención, en la forma que exige el artículo 10.5 de la Ley, vigente en el momento de los hechos, sino que esta se hizo de forma correcta. La responsabilidad que en concreto se atribuye en la demanda no se vincula a la falta o insuficiencia de información por parte de la Dra. Rosana. Lo que se dice es que no hay consentimiento informado y que lo único que consta es una información que se presentó al paciente en el momento de estar en el quirófano, que el mismo desconoce, a pesar de que tanto el cirujano como el anestesista tuvieron a su disposición al paciente durante siete días para formalizarlo con las debidas garantías y cumplimiento de los requisitos legales. En el caso examinado, la sentencia recurrida aborda de forma minuciosa la cuestión relativa a la información para concluir que, no obstante no haberse hecho por escrito, se proporcionó al paciente, y lo hace a partir de la valoración de una serie de datos que tienen en cuenta las circunstancias personales del paciente derivadas del ingreso de urgencia por un problema cardíaco, que nada tenía que ver con la intervención llevada a cabo posteriormente, pero que sirvió para ser instruido y debidamente informado por una serie de facultativos de las consecuencias que pudieran derivarse de la misma, incluso de los riesgos y complicaciones de la anestesia, insistiendo aquel en que esta se llevara finalmente a cabo para mejorar su calidad de vida, justificando incluso la razón de que la información fuera verbal porque “estaba en fase de descompensación de su patología de base”.

La información al paciente, dice la sentencia del 21 de enero de 2009, debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficientes, y obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que lo atiendan durante el proceso

---

<sup>448</sup> *Todo ello en la forma que previene el art. 10.5 y 6 de la LGS, vigente en el momento de los hechos, siendo dicha jurisprudencia acorde con la seguida por la Sala Tercera de este Tribunal (verbigracia, SSTs, Sala Tercera, 4 de abril y 3 de octubre de 2000), y con la seguida por la Corte de Casación de Francia, Cámara Civil, del 4 de abril de 1995, puntualizándose que en el caso examinado no se advierte que las circunstancias concurrentes permitan conceder relevancia alguna al hecho de que el consentimiento no se recabase por escrito, especialmente teniendo en cuenta, entre aquellas, el carácter de miembro del personal del hospital por parte del paciente sujeto a la intervención, y el carácter necesario desde el punto de vista de la salud de este de la intervención llevada a cabo.*



asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud.

Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto (SSTS 15 de noviembre 2006, y las que en ella se citan).

Como tal, forma parte de toda actuación asistencial, constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Su exigencia, tanto si existe vínculo contractual –contrato de servicio sanitario, sea arrendamiento de servicio o de obra– como si opera en la relación meramente extracontractual, debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *lex artis* (STS 19 de noviembre de 2007), pues una cosa es que la actuación del médico se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta es que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico.

El deber de información reviste especial intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria; en la medicina satisfactiva, la información debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales, ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa.<sup>449</sup>

También es doctrina reiterada de la Sala Primera que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor *ad probationem* (SSTS 2 de octubre de 1997; 26 de enero y 10 de noviembre de 1998; 2 de noviembre de 2000; 2 de julio de 2002; 29 de julio de 2008), habiendo afirmado la sentencia del 29 de mayo de 2003 que debe al menos “quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”.

En similar sentido se produce la sentencia del 17 de noviembre de 2008 en la que, con cita de la del 19 de junio de 2007, ante la alegación de falta de información de la posibilidad de pruebas sobre malformaciones del feto, no detectadas durante

---

<sup>449</sup> Cf. sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, del 22 de noviembre de 2007.

el embarazo,<sup>450</sup> se concluye que hubo información así como correcta vigilancia del embarazo, descartándose una situación de riesgo que obligara a adoptar medidas preventivas<sup>451</sup>, añadiendo —con cita de la sentencia del 19 de junio de 2007— que, en cualquier caso, el deber de información sobre esa posibilidad de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por malformaciones, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, “únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* (reglas del oficio) la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias”.

Con amplia información jurisprudencial se produce la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 del octubre de 2008, donde, tras recordar que la finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del dere-

---

<sup>450</sup> *En el único motivo admitido a trámite, se invoca la infracción del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, al haberse vulnerado el derecho a la información, en un caso de una gestante a la cual no se le informó sobre la posibilidad de que se le practicaran las pruebas sobre la existencia de malformaciones del feto, en virtud de lo cual reclama indemnización por responsabilidad médica, ya que nació un niño con malformaciones, que no fueron detectadas durante el embarazo. En la vista del recuso, añade a la norma infringida el artículo 24 de la Constitución, que no fue invocado en el motivo y que se fundamenta al parecer en una falta de respuesta sobre el fundamento jurídico de su pretensión, lo que supone una cuestión nueva ajena, además, al contenido y alcance del recurso que se formula, como ajenas al recurso son otras infracciones invocadas, como la de los artículos 1214 CC y 217.1.2,5 y 6 de la LEC, cuya cita y mezcla de preceptos heterogéneos originarían sin más su desestimación. Precisó el recurrente que lo que se cuestiona no es tanto la falta de prestación médica como la ausencia de información previa.*

<sup>451</sup> *Se dice que la sentencia que se recurre en casación, una vez analizadas las pruebas practicadas, llega a la conclusión de que la atención dispensada a la gestante por el codemandado en relación con las ecografías y los informes emitidos por el mismo fue correcta, y que se trató de un embarazo normalizado pese a la existencia de anticuerpos positivos de cardiolipina que precisaron de un tratamiento consistente en la administración a la gestante de comprimidos de AAS con la finalidad de evitar un retraso en el crecimiento del feto, que nada tiene que ver con las malformaciones que presentó al nacer, descartando en su vista que fueran necesarias pruebas invasivas como la amniocentesis, pues: a) el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* y; b) el screening practicado a la gestante dio resultado negativo, siendo normal el perímetro craneal del menor al nacer (36 cm), así como la imagen de 20 mm del cerebelo, no constando signos sospechosos de las malformaciones que posteriormente se presentaron como es el signo “de la banana o del limón”, constando también íntegra la columna vertebral del feto, y figurando en el historial clínico que a la gestante se le practicaron muchas más ecografías que las tres únicas prescritas en los correspondientes protocolos de Sanitat Catalunya, SCS. y SEGO, además de las pruebas complementarias, como el ya citado screening, que resultaron normales, concluyendo que no se ha privado del derecho de información a los consortes para la práctica de nuevas pruebas, y en último término su elección de interrumpir o no el embarazo. La consecuencia a la que tales hechos conducen es rechazar el motivo por cuanto hubo información, vigilancia del embarazo desde las primeras semanas de gestación, descartándose una situación de riesgo que obligara a prevenir las consecuencias no deseadas para la madre y el recién nacido.*

cho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario –pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden sobrevivir de la intervención médica que se autoriza, y que la información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva, revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria<sup>452</sup>–, se concluye que la denuncia por información deficiente resulta civilmente intrascendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil.<sup>453</sup>

En relación con el tema que nos ocupa en estos momentos, en concreto la responsabilidad por riesgo, se manifiesta la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, del 19 de julio de 2007, en un caso en que ha habido una omisión

---

<sup>452</sup> *Se especifica de nuevo que en la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria, mientras que la medicina satisfactiva comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria –prescindible– o de una necesidad relativa. Vid. BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. “El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva”, en Libro homenaje al profesor Alonso Pérez. Madrid: La Ley, 2006, vol. I, p. 175 y ss.; y BELLO JANEIRO, D. “Comentario a la sentencia de 23 de octubre de 2008”. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, número 80, enero-abril 2009.*

<sup>453</sup> *En el caso en que fallece la mujer a la que se había practicado fecundación in vitro a consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp, se concluye que ningún daño se ha producido en el ámbito de la medicina satisfactiva, pues no puede considerarse tal que se haya anticipado un parto por cesárea de los fetos, por lo que resulta irrelevante si la fórmula utilizada para el consentimiento informado es o no suficiente puesto que en la sentencia recurrida se declara probado que la técnica reproductiva de la fecundación in vitro no se constituye, por sí misma, y en términos epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la preclampsia y/o síndrome de Hellp en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos previsible asociados al tratamiento, tras lo que se añade que en relación al desarrollo del embarazo, que se inserta en el ámbito del tratamiento jurídico de la medicina curativa, la causa del daño no entra, dadas las circunstancias fácticas apreciadas en la sentencia recurrida, entre los riesgos sujetos a la exigencia de una información previa, de ahí que se estime correcta la apreciación de la sentencia impugnada en cuanto señala que “quedan fuera del derecho a la información los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, como en su caso podía venir representado por la preclampsia y el síndrome de Hellp en el marco de las deficiencias de caracterización sintomatológica que se advirieron en el caso que nos ocupa, y en función del carácter súbito y brusco de su manifestación en estadio de especial gravedad”. Sobre el tema, véase ampliamente ALKORTA IDIAKEZ, I. Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado. Pamplona: Aranzadi, 2003.*

causante de daño, puesto que se considera que la no repetición de las pruebas ante la favorable evolución del paciente es una práctica médica negligente y una evidente vulneración de la *lex artis* y se añade, además, la consideración del riesgo que supone el tratamiento a base de retroviral al que el paciente fue sometido innecesariamente, siendo también un tema, produciéndose ampliamente lo que suele suceder en casos de omisión, sobre los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación la Ley 41/2002.<sup>454</sup>

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 29 de noviembre de 2002,<sup>455</sup> se concluye el incumplimiento y culpa del facultativo procediendo

---

<sup>454</sup> *En concreto, el artículo 9 de La Ley 41/2002 señala que la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención, tras lo que se especifica que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, solo cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, aclarándose que, en todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas, así como también lo podrán hacer cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él, tras todo lo cual se pronuncia por la posibilidad de otorgar el consentimiento por representación en los siguientes supuestos cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, así como cuando el paciente esté incapacitado legalmente o cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, en cuyo caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos y si se trata de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación, aunque se excepciona, sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, en cuya hipótesis los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente, incluyéndose también la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, que se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación, para finalizar concluyendo que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal, de suerte que el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.*

<sup>455</sup> *El caso concreto se divide en tres fases. La primera, la inicial intervención quirúrgica, extirpación de un meningioma (tumor) que comprimía las raíces sacras. En esta primera fase se produjo la omisión "de cuya culpabilidad no cabe duda", al dejar una gasa dentro de la herida, que implica un inicial incumplimiento de la obligación de prestar correctamente el servicio médico. La segunda fue la intervención provocada por la anterior omisión; siendo por sí misma innecesaria, tuvo que llevarse a cabo por la mala prestación. La tercera es el conjunto de secuelas que desembocan en la declaración de la incapacidad absoluta permanente, razonándose que no se ha acreditado, ni jus-*

a estimar la reclamación realizada por extirpación de un tumor, puesto que se considera probado que, tras una serie de molestias, fiebre y estado anormal, el mismo médico practicó una nueva intervención y extirpó un trozo de gasa que había quedado allí, encarcerado en la primera operación, tras lo cual el paciente presentó unas secuelas irreversibles, que dieron lugar a la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, reconociéndose que en la prestación del servicio por el médico se produjo una omisión (dejar la gasa en la zona operada) “de cuya culpabilidad no cabe duda”.

En este caso, el Alto Tribunal aplica la teoría del daño desproporcionado y de la responsabilidad objetiva del entonces vigente artículo 28 de la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, siendo que ahora dicha Ley ha sido, en primer lugar, modificada –pero no en dicho precepto–, por la Ley 44/2006, del 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, para ser definitivamente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,<sup>456</sup> que reproduce, en similares términos, el mismo contenido del precepto aplicado en este caso que ahora pasa a ser el número 148, con similar dicción y, desde luego, con la misma consideración de responsabilidad objetiva, si

---

*tificado, ni prácticamente alegado, que estas secuelas y, en definitiva, esta incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica considerada, reiterándose la doctrina que inició la sentencia del 2 de diciembre de 1996, que dijo: “Por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión, añadiéndose que el resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto”.*

<sup>456</sup> El Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias publicado en BOE del viernes 30 de noviembre 2007, procede a refundir en un único texto la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios. Incorpora el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 26/1991, del 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, del 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, del 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo; la Ley 22/1994, del 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; y la Ley 21/1995, del 6 de julio, sobre viajes combinados.

bien actualizando su redacción a las prescripciones comunitarias, como se corresponde con la intención y finalidad del nuevo texto en general.<sup>457</sup>  
Como señala la sentencia del 20 de noviembre de 2009:

**1º)** En el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC). El criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (STS 24 de noviembre de 2005; 10 de junio de 2008).

**2º)** El daño médico desproporcionado es aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria (SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007). En estos casos, en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en las que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS del 23 de mayo de 2007, 8 de noviembre de 2007; 10 de junio y 23 de octubre de 2008). En el presente caso, se explica el daño y la actuación del facultativo que le intervino, habiendo descartando las pruebas cualquier mala praxis causalmente vinculada a las lesiones padecidas por el actor.

---

<sup>457</sup> Así, el concepto de consumidor y usuario se adaptan a la terminología comunitaria en relación con las personas jurídicas, puesto que “el consumidor y usuario, definido en la ley, es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros; incorpora asimismo las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología. El “concepto de proveedor es el de cualquier empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial” y en la regulación del Sistema Arbitral del Consumo se incorporan las modificaciones introducidas por la Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios en el mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos.

3º) Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios (SSTS de 5 de febrero de 2001; 26 de marzo de 2004; 17 de noviembre de 2004; 5 de enero y 26 de 2007; 4 de junio de 2009); aspectos estos que no han sido cuestionados en el recurso ni en la sentencia.

En relación a los daños derivados de la anestesia o relacionados con ella, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 13 de octubre de 1995 examina un caso de complicación durante la intervención, con falta de oxigenación cerebral durante tres o cuatro minutos, que se consideró adecuadamente resuelta por el anestesista pese a las gravísimas secuelas que le quedaron al paciente, absolviéndose tanto a aquel, por no haberse acreditado su culpa o negligencia en dicha omisión de actuación ni poder invertirse en su contra la carga de la prueba, como a la Administración Pública de la que dependía el centro hospitalario, por no haberse probado escasez de medios alguna.

Tampoco se aprecia en el anestesista demandado en la sentencia de la Sala de lo Civil del Supremo del 4 de febrero de 2002 la culpa o negligencia exigida por el artículo 1902 del Código Civil, en un caso en que tanto los cirujanos como el propio anestesista se ajustaron al patrón de conducta que jurídicamente les era exigible en el ejercicio de su profesión, añadiéndose por parte del Supremo, frente a la alegada omisión, que siempre cabe imaginar hipótesis de una posible detección del problema aún más temprana, como en general sucede con cualquier otra situación de riesgo, pero añadir a las precauciones normalizadas en un determinado ámbito otras más que solo en pura hipótesis habrían podido evitar cualquier tipo de daño equivale en la práctica a desvirtuar el recto sentido del artículo 1902 del Código Civil para, en definitiva, acabar transformándolo en un régimen de responsabilidad objetiva carente de los complementos que por regla general acompañan a las opciones legislativas por este tipo de régimen para determinados ámbitos, como puede ser la concreción de supuestos, el límite de cuantías o el seguro obligatorio, por lo que se concluyó declarando no hacer lugar al recurso en ninguno de sus motivos, puesto que la responsabilidad civil médica no debe seguir los parámetros de la responsabilidad objetiva, lo que, desde luego, desde aquí admito.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo del 24 de octubre de 2008,<sup>458</sup> en un caso de nacimiento de un hijo con espina bífida, se aprecia la existencia de responsabilidad del médico, ya que considera concurre negligencia en su actuar, con nexo de causalidad entre este comportamiento y el nacimiento

del niño con graves patologías, por cuanto las omisiones fueron determinantes del daño, por lo que el hecho de no haber propiciado la práctica ecografía morfológica, que facilita el estudio de la anatomía del feto, comprobar que el feto se desarrolla normalmente, en el período correspondiente, como medio de diagnóstico contemplado por los protocolos, determinó el resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dado que el embarazo, aun no siendo de riesgo, presentaba en sus inicios datos patológicos que requerían un particular control y aconsejaba una serie de pruebas para descartar alteraciones tanto cromosómicas como morfológicas.<sup>459</sup>

Por último, en la sentencia del 22 de septiembre de 2010, para cualquier profano en temas médicos, la intervención de una hernia inguinal no debería tener en principio como resultado la paraplejía del intervenido. Ahora bien, el daño tiene su origen en la aplicación de la anestesia y es indudable que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica. Esto impide confundir la simplicidad de una determinada afección, que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente. Ahora bien, aun situados en la tesis

---

<sup>458</sup> *Por otro lado, en esta sentencia, como veremos al tratar del momento de evaluación de la indemnización, se denuncia infracción del art. 1108 CC al considerar erróneamente determinada la indemnización, se desestima porque esta norma nada tiene que ver con la indemnización sino con el abono de los intereses de demora, en un caso en que se acuerda el pago de intereses desde la fecha de la sentencia de primera instancia.*

<sup>459</sup> *Se concluye que no fue adecuada la toma de decisiones clínicas basada en un diagnóstico previo y ello impidió adoptar el tratamiento adaptado a la evolución de la paciente dentro de esas pautas y así resulta a partir de una correcta valoración de las pruebas, incluida la pericial, puesto que el médico demandado no respetó la lex artis pues, como dice la sentencia recurrida, "a partir de la inseguridad que le proporcionaban las ecografías por él practicadas y la insuficiencia del resumen de la aportada por la paciente, que no respondía a la prescripción de una ecografía morfológica de ginecólogo, ni podía denominarse o considerarse como tal, no solicitó una ecografía morfológica detallada [...] pero aunque así fuera, si tenía dudas sobre la naturaleza y alcance de la ecografía, lo normal y diligente en un médico, es informarse inmediatamente solicitando las aclaraciones pertinentes de quienes realizaron la actividad diagnóstica, pues en la visita, el período de gestación todavía se encontraba en 21/22 semanas SECO, y hubiese permitido la interrupción del embarazo a instancias de la madre, de haberse practicado la ecografía NIVEL II por prescripción del médico que la trataba, que hubiera permitido comprobar las patologías morfológicas del feto, y una vez conocidas por la paciente decidir esta como había advertido al respecto [...] la amniocentesis prescrita en dicho período, descartaba anomalías cromosómicas, pero no morfológicas que son más numerosas", tras lo que se añade que dicho elemento de diagnóstico no se aplicó, "aun tratándose de un caso que había presentado sugerencias patológicas a las 5-6 semanas por quiste lateral derecho" a las 13 o 14 semanas de embarazo, por alto nivel de alfafetoproteína, esperándose a las 31/32 semanas, cuando ya era inviable el embarazo.*



sostenida por los recurrentes, todos los datos de prueba, debidamente valorados en la sentencia, no solo ponen en evidencia la diligencia empleada en la ejecución del acto médico, sino que descartan cualquier apelación al llamado daño desproporcionado o enorme. El daño desproporcionado es aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el *onus probandi* de la relación de causalidad y la presunción de culpa (STS 23 de octubre de 2008, y las que en ella se citan). Siendo así, no puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado, que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 19 de octubre de 2007, 30 de junio de 2009). La sentencia descarta no solo la negligencia de los demandados, sino que da un paso más en la determinación de la causa de la paraplejía, de forma semejante a como hizo el juez de la Primera Instancia, y esta no fue la anestesia, aunque produjera, como complicación inevitable, la hemorragia, sino el retraso en el diagnóstico de esta complicación y el consiguiente retraso terapéutico, al que son ajenos los demandados. La prestación sanitaria por el anestesista se ejecutó en cumplimiento de una obligación de medios, no de resultado, y el daño sufrido por el paciente no puede ser tratado sino como la materialización de uno de los riesgos que comporta la aplicación de la anestesia, razón por la cual no es posible prescindir del elemento subjetivo de culpa causalmente vinculado al daño para imputar responsabilidad en la prestación asistencial.

## LA TUTELA JURÍDICA DEL MENOR DE EDAD DEPENDIENTE MENTAL

Magdalena Beatriz Giavarino (\*)

### I- ENCUADRE DEL TEMA

El tema de la “salud” como objeto de estudio, se ha convertido hoy en día en un campo interdisciplinario que permite –y necesita– un abordaje integral e integrador de la diversidad de factores que hacen a la existencia humana, desde una valoración cualitativa.

Son muchas las definiciones que se han intentado para dar un concepto de “salud”,<sup>460</sup> sin embargo, la acuñada por la Organización Mundial de la Salud parece ser la que mejor traduce la idea, en términos de meta realizable, de paradigma de vida; así la define como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.<sup>461</sup>

Este contenido conceptual es, por otra parte, el que aparece reproducido en diversos términos –siempre uniformes en su sentido– en varios textos normativos, fundamentalmente internacionales.<sup>462</sup>

La “salud” viene a ser así un “estado” –en el sentido de situación en que se desarrolla el devenir vital del individuo– sujeto tanto a las vicisitudes materiales y espirituales de la propia existencia humana, como a la influencia de factores externos que, muchas veces, son determinantes de cambios –hasta hace pocos años– impensados en su condición de agentes causales. Así, a mero título ejem-

---

(\*) Abogada. Mediadora. Especialista en Derecho Procesal Profundizado. Asesora general tutelar adjunta de Incapaces, Ministerio Público, Poder Judicial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Directora del Programa de actualización en Salud Mental y Derecho de la U.B.A.

<sup>460</sup> Hay quien postula el concepto de salud, en relación a un “equilibrio inestable” del ser humano, entre su organismo biológico y su cuerpo, en relación con otros factores socioeconómicos, biológicos, ambientales y asistenciales que le permiten producir y reproducir sus capacidades (Canguilhem). Para otra corriente, la salud es un estado que permite el pleno desarrollo de las capacidades productivas del individuo y se considera un capital económico (Mushkin-Grossman). La noción clásica basada en la idea de que la “salud” es la ausencia de “enfermedad” comenzó a modificarse en el siglo XX, cuando se adopta una concepción tridimensional de la “salud”, sumado a la física, la mental y la social

<sup>461</sup> Incluida en su Carta Fundacional del 7 de abril de 1946, criticada por excesivamente subjetiva, utópica y poco realista.

<sup>462</sup> Así, por ejemplo, cuando la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (art XI) o la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (art. 25) se refieren a la “salud” como un derecho inherente a la persona humana, aluden a una situación de bienestar donde se integran medidas sanitarias –como la asistencia médica– pero también sociales, como el acceso a los alimentos, la vestimenta, la vivienda y demás servicios necesarios.

plificativo, si la ingesta de alimentos siempre fue uno de los recursos básicos de la subsistencia, en la actualidad los procesos de elaboración de los mismos, los aditivos químicos y los propios hábitos alimenticios impuestos por las exigencias de la vida moderna, han derivado en situaciones –por lo menos– negativas para el “buen vivir” saludable.<sup>463</sup>

El apuntado concepto de salud resulta entonces abarcador de los aspectos físicos y psíquicos del individuo humano, cualquiera sea la etapa de su vida en que se lo considere. Su condición de ser racional hace que su ciclo vital se desarrolle en el marco de una armoniosa simbiosis entre cuerpo y mente.

La vulnerabilidad propia de “ser” humano se acentúa, sin embargo, en los períodos extremos de su existencia. Es indudable que, más allá de las situaciones patológicas que pueden alterar un saludable desarrollo de la vida, en estándares satisfactorios de calidad, tanto los años de la niñez-adolescencia como los de la mayor adultez exponen al individuo a cuadros que podríamos calificar de más cruciales desde el punto de vista de sus implicancias en ese status de bienestar al que se aspira.

Cuando es la materialidad del cuerpo la que padece, más allá de la complejidad de su abordaje para sanar los males que la puedan afectar, el desarrollo de las ciencias médicas en todas sus variantes permite contar hoy en día con recursos terapéuticos bastante satisfactorios. Además, ello va acompañado de una cultura que “acepta” la eventualidad de la dolencia física y se “arma” para afrontarla: asiste a centros de salud, se somete a tratamientos, se aviene a consultas médicas, se adhiere a planes de cobertura de salud, se asegura ante infortunios.

Cuando se trata de la mente, el enfoque del tema cambia. Es que desde un principio, la salud física permite cierto grado de previsibilidad, de certeza sobre resultados, de tranquilidad, en definitiva, y normalmente su afectación, antes que causa de oprobio y vergüenza, es motivo de consideración social.

La afectación de la salud psíquica, mental –por el contrario– no goza de tales beneficios. Coloca a quien la padece en una situación de dependencia o semidependencia, de inferioridad frente a sus semejantes, y acerca a su medio familiar y social a un mundo oscuro, casi inasequible e inescrutable para el hombre común, temido, inmanejable.

Es que la deficiencia mental se proyecta fuertemente no solo en el margen de autonomía personal del individuo, sino en su vida de relación; su estatus jurídico no es el mismo que el de quien no padece anormalidad mental alguna, y ello, más allá del respeto a sus derechos con el que se aborde su situación.

Donde más se agudiza esta situación de inferioridad, es en la minoridad, en la que se suma a ello el incompleto desarrollo intelectual propio de este período de la existencia humana.

---

<sup>463</sup> En la edición del diario *La Nación* del 20 de febrero de 2010, hay un muy interesante artículo sobre los “nuevos trastornos mentales”, a considerar en la próxima edición del DSM.

En este marco, el presente trabajo busca reflexionar sobre la efectividad del sistema jurídico, en orden a la protección de los derechos de esta franja etaria compuesta por niños y adolescentes, que se tornan aún más vulnerables en tanto seres dependientes, producto de una irregularidad mental.

## II- LAS VARIABLES EN JUEGO - MARCO NORMATIVO

La propuesta involucra la concurrencia de dos variables que debemos compatibilizar: la minoridad y la disminución mental. Primero, hemos de recapitular los aspectos conducentes de cada una de ellas, para luego ver en qué puntos confluyen y cuáles son los espacios que quedan librados a soluciones discrecionales.

Sin perjuicio de volver sobre el particular más adelante, repárese que son dos situaciones que se superponen en orden a la necesidad de una protección especial de parte del ordenamiento jurídico y sus órganos ejecutores.<sup>464</sup>

Pero volviendo a las variables en juego, es de apreciar que –según la reforma al Código Civil por la Ley 26579– la edad de 18 años es la divisoria de aguas entre la minoridad y la adultez, con lo cual nuestra legislación se enrola en las modernas legislaciones del derecho comparado, que ya desde hace varios años han adoptado esa edad límite para cambiar el estatus jurídico de las personas.<sup>465</sup>

Cabe destacar sobre el particular dos cuestiones: una es que, si bien la modificación es reciente,<sup>466</sup> en realidad hubo intentos legislativos anteriores de reducir la edad cronológica para ingresar en la adultez, que no llegaron a concretarse en ley<sup>467</sup>, y otra es que este cambio de estatus es inoponible frente a los derechos en materia de previsión y seguridad social, que le asisten al adolescente hasta los 21 años como mínimo,<sup>468</sup> ni exonera –hasta dicha edad– a los padres de su obligación alimentaria, salvo prueba de fortuna suficiente (art. 265 del CC, s/texto art. 3° de la Ley 26579).

---

<sup>464</sup> El art. 145 del Código Civil establece expresamente que recién a partir de los 14 años en que el niño deja de ser “incapaz absoluto de hecho”, se puede instar su incapacitación judicial.

<sup>465</sup> Sin pretender agotar el tema, la mayoría de los países fijan la mayoría de edad entre los 18 y 21 años. Así, los Estados Unidos de Norteamérica, toma distintas edades dentro del antedicho marco, según los estados –puede verse un detalle puntilloso, si bien no demasiado actualizado, en <http://www.tangledmoon.org>–; en 14 años la fija Samoa Americana; en 15, Irán e Irak; en 16, Cuba, Escocia o Rusia; en 17, Corea del Norte; en 18 todos los países de la UE y Brasil, Chile, China, Colombia, El Salvador, Inglaterra y Escocia, para mencionar solo algunos; en 19 años, algunos estados de Canadá; en 20, Japón o Tailandia; y en 21, Egipto, Honduras o Puerto Rico.

<sup>466</sup> La ley se sancionó el 2 de diciembre de 2009 y se promulgó el 21 del mismo mes y año (Boletín Oficial 22.12.09).

<sup>467</sup> El Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial del año 1998 preveía la plena capacidad de ejercicio a partir de los 18 años (art. 20).

<sup>468</sup> Así debe entenderse la salvedad referida a “que las leyes vigentes establezcan una edad distinta” (art. 5° de la Ley 26579).

El cambio de paradigma en esta temática responde a la necesidad de adecuar nuestra legislación interna a los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos –que, por virtud de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, tienen jerarquía constitucional– y, fundamentalmente, a la “Convención sobre los Derechos del Niño”,<sup>469</sup> incluida expresamente en dicha normativa. Repárese que la ley que aprueba la antedicha convención lo hace con la aclaración de que para nuestro país: “Se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (art. 2), con lo cual se pone una cuña de alcance general en el estatus jurídico del, por entonces, “menor de edad”.<sup>470</sup>

La Ley 26061 vino a ratificar este nuevo límite de la “minoridad”, desde que preceptúa expresamente que: “La ‘Convención sobre los Derechos del Niño’ es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas, hasta los dieciocho años de edad” (art. 2). La modificación al Código Civil zanjó cualquier discusión en torno de la adquisición de la plena capacidad de obrar en el sujeto, que se había suscitado a partir de la coexistencia de la mencionada ley y el texto original de Vélez.<sup>471</sup>

Lo indicado implica que hasta los 18 años de edad, el individuo goza de un estatus jurídico que le asegura un sistema de máximas garantías. En razón de la inmadurez mental propia de la etapa de la niñez-adolescencia, está considerado como un ser vulnerable y, por lo tanto, amparado por un doble sistema de “tutela”: el derivado de las relaciones de familia y el asociado a las políticas públicas a las que está obligado el Estado en virtud de los compromisos internacionales asumidos. Esta protección especial encuentra precisamente su justificación en el incompleto desarrollo de su psiquis, obstáculo que se ha estandarizado como superado –en la mayoría de las legislaciones– a partir de los 18 años de edad y dicho proceso biológico, compromete directamente al discernimiento con todas las implicancias que el mismo tiene desde el plano jurídico.

Ahora bien, el grado evolutivo del discernimiento como dato propio de la racionalidad del ser humano no es exclusivo de quien transita por los primeros –o los últimos– años de su vida: ello es un común denominador para cualquier humano. Hay situaciones en donde la psiquis del individuo se ve afectada, disminuida por razones naturales o provocadas. Distintas patologías mentales, or-

---

<sup>469</sup> *Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por la República Argentina por la Ley 23849, sancionada el 27 de setiembre de 1990.*

<sup>470</sup> *En sentido coincidente, la “Convención sobre la Protección Internacional de Adultos”, adoptada por la Conferencia de la Haya en enero de 2000, que entró en vigencia en el mismo mes del año 2009 y no cuenta con ratificación por parte de nuestro país, sostiene que “adulto es una persona que haya alcanzado la edad de 18 años” (art. 2°).*

<sup>471</sup> *Autores como Mizrahi y Solari han sostenido la inconstitucionalidad del art. 126 del Código Civil.*

gánicas o funcionales, a veces generadas a partir de los propios hábitos de vida del individuo comprometido, determinan que se coloque en igual situación de vulnerabilidad personal.

Ese estado de fragilidad en que, en términos socialmente comparativos, se encuentra el sujeto, se proyecta también en el plano jurídico. Siendo el discernimiento la base de la voluntad jurídicamente relevante, las alteraciones anormales de aquel van a dar como resultado una “voluntad disminuida” en quien las padezca. Es cierto que no siempre es tarea sencilla diferenciar lo “normal” de lo “anormal” en el comportamiento humano, eso es tarea –en principio– de las ciencias que trabajan sobre la psiquis del individuo –la psiquiatría, la psicología–, pero también es cierto que una vez identificada y caracterizada la anormalidad y reconocidas sus consecuencias como disvaliosas para el involucrado, no cabe menos que reconocer su impacto en su esfera de actuación jurídica posible.

Es que el derecho –si predicamos de él que es un sistema tendiente a organizar la vida social en paz– no puede desentenderse de estas situaciones donde desigualdades basadas en patologías aceptadas como tales en los humanos coloquen a quienes las padecen en condiciones de inferioridad en términos de relación social. Si todos los humanos son “personas” sin distinciones de ningún tipo, todos –en tal condición– son acreedores de igual estatus jurídico, es decir, beneficiados con iguales derechos y alcanzados por iguales obligaciones, todo lo cual implica una faz estática de titularización y una dinámica de ejercicio; es lo que se conoce comúnmente como “capacidad jurídica” o “de derecho” y “capacidad de hecho” o “de obrar” o “de ejercicio”. Más allá de las diferencias terminológicas, el sentido de las respectivas locuciones es más que claro.

En un Estado jurídicamente organizado sobre la base de valores morales y éticos, el sistema debe acudir en auxilio de estas “voluntades disminuidas”, velando para que no sean víctima de abusos, de desconocimiento de sus derechos y así, a la par de reconocerles iguales derechos y obligaciones que al resto de las personas, debe posibilitarles su realización concreta a partir de vías superadoras de dicho déficit. Nuestro ordenamiento jurídico tradicional previó la tutela de este universo afectado por patologías mentales a partir de un mecanismo judicial de “incapacitación”, es decir, de restricción total de la “capacidad de hecho” en tanto la enfermedad mental incidiera negativamente en la persona o patrimonio del afectado (arts. 54, 141 y conc. del C.C.) a lo que la reforma del año 1971 (Ley 17711) agregó la institución de la “inhabilitación civil” (art. 152 bis), que –en lo pertinente– aparece en la escena jurídica, como un recurso de protección ante situaciones de vulnerabilidad generadas a partir de la adicción al alcohol o a las drogas, o motivadas por deficiencias mentales menos gravosas para el individuo.<sup>472</sup>

---

<sup>472</sup> Dejamos sin incluir en el texto el supuesto del art. 152 bis. inc. 3º, en tanto contempla la situación del pródigo y apunta a la protección de la familia a partir de su resguardo patrimonial, antes que la tutela del sujeto que dilapida.

A la luz de las normas internacionales que reconocen la situación del padeciente mental como resultado de un proceso atravesado no solo por componentes psicofísicos, sino también históricos, socioeconómicos y culturales, a nivel nacional, distintos ordenamientos provinciales comenzaron a sancionar diferentes cuerpos legales que consagran explícitamente un “plus” de derechos del individuo frente a la consideración y tratamiento de su salud mental.<sup>473</sup>

El último eslabón en esta cadena lo constituye la muy reciente Ley Nacional de Salud Mental, sancionada el pasado 25 de noviembre de 2010,<sup>474</sup> que, además de seguir la línea de las legislaciones que la precedieran en temas tales como el abordaje de la problemática mental, los derechos que especialmente le asisten al disminuido psíquico, los criterios que deben inspirar las políticas públicas en esta materia o la regulación de las internaciones –tanto en lo estructural como en lo operativo del sistema–, introduce modificaciones al Código Civil en orden al alcance con que debe considerarse tanto la “incapacitación” como la “inhabilitación” (nuevo art. 152 ter.), además de modificar el art. 482 de dicho cuerpo normativo. De ello resulta que en ambos casos –y más allá de la necesidad de readecuar los textos procesales en lo pertinente–, el “examen de facultativos” (art. 142 del C.C.) deberá realizarse por un equipo interdisciplinario –que seguramente, la reglamentación deberá indicar cómo estará conformado–, el juez deberá especificar los alcances de la limitación de la autonomía personal y el nuevo estatus jurídico no podrá extenderse por más de tres años.

Me permito, en este punto, introducir una breve reflexión sobre la nueva redacción del art. 482 del Código Civil, en tanto aborda una problemática que afecta directamente a los individuos de la franja etaria que estamos considerando y más allá de las opiniones sobre su encuadre técnico: las adicciones.

Según la nueva legislación, ellas “deben ser abordadas como parte integrante de las políticas de salud mental. Las personas con uso problemático de drogas, legales o ilegales, tienen todos los derechos y garantías que se establecen en la presente ley en su relación con los servicios de salud” (art. 4°).

Hasta allí es dable interpretar el precepto como una equiparación de derechos entre el paciente “adicto” y el paciente “psiquiátrico” en lo que hace a servicio médico-sanitario y resguardo de su libertad personal. Pero el nuevo art. 482 dice textualmente: “No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos”. Aparece así la “adicción”, que no se especifica a qué hábito<sup>475</sup> –si bien el trascrito art. 4° se refiere al consumo de drogas–, como causa autónoma de “incapacitación” y de

---

<sup>473</sup> Así la Ley 2440 de la provincia de Río Negro (1991), o la Ley 10772 de la provincia de Santa Fe (1992), o la Ley 8806 de la provincia de Entre Ríos (1994) o la Ley 6976 de la provincia de San Juan (1999) o la reciente Ley 9848 de la provincia de Córdoba sancionada el pasado 20 de octubre de 2010.

<sup>474</sup> Promulgada como Ley N° 26657 el 2 de diciembre de 2010 (Boletín Oficial: 03.12.10).

“inhabilitación”. También es cierto y no podemos dejar de destacarlo que, con la actual modificación al Código Civil, la existencia de las dos categorías respecto de las situaciones fácticas contempladas por los inc. 1º y 2º del art. 152 bis, pierden parcialmente, por lo menos, su razón de ser.

Tenemos hasta ahora entonces que, frente a un déficit psíquico del individuo, más allá de la edad que tenga –pero siempre con el límite instituido por el art. 145 del Código Civil–, la legislación civil prevé un sistema de protección a partir de instituciones que suponen una tutela judicial centrada en el resguardo del obrar jurídicamente relevante del individuo, con la mínima afectación posible de su autonomía personal.

En paralelo, cuando el estado de insuficiencia psíquica obedece a una determinada etapa de la evolución biológica de la persona, el mismo sistema jurídico lo protege a partir de instituciones sostenidas básicamente, en las relaciones de familia y donde el Estado –y la Justicia– deben operar acompañando dicho proceso evolutivo y solo accionar ante situaciones de riesgo y en resguardo de los derechos de los sujetos involucrados.

Los dos universos –el de los menores y el de los disminuidos mentales– tienen muchos puntos de contacto desde lo conceptual, fundamentalmente porque ambos responden a un mismo paradigma, que es el respeto del ser en su individualidad y en su condición de humano, pero también tienen algunas diferencias.

Mientras que para los primeros, el derecho asigna al Estado –en todas sus manifestaciones– un rol secundario de reaseguro del que deben asumir los padres, de acompañamiento, habilitando su accionar ante situaciones de conflicto y siempre sobre la base de un objetivo de revinculación familiar, para el segundo grupo, el sistema jurídico le asigna al Estado el rol de garante del respeto de sus derechos, de modo de evitar que el desamparo propio de su situación deficitaria se proyecte negativamente en su esfera jurídica, aumentando así su grado de vulnerabilidad.<sup>475</sup>

Sobre la base de esta diferenciación, hemos de reflexionar acerca de la compatibilización de ambos universos cuando se unen, es decir cuando abordamos la problemática del menor deficiente mental sin perder de vista que según el ya citado art. 145 del Código Civil –no modificado por la última reforma– es recién a partir de los 14 años que se autoriza recurrir al mecanismo de la “incapacitación” y entiendo que por analogía y en lo pertinente, de la “inhabilitación”.

---

<sup>475</sup> La “adicción” supone un apego compulsivo a un hábito que, según el Diccionario de la Real Academia Española, se atribuye a “quien se deja dominar por el uso de alguna o algunas drogas tóxicas, o por la afición desmedida a ciertos juegos”, pero que es común atribuirlo a quien muestra desmedido apego a las bebidas alcohólicas, tan es así que está contemplado el punto en el art. 152 bis no modificado.

<sup>476</sup> Son ya clásicos en este sentido los fallos de la Corte Suprema de Justicia recaídos en causas tales como “R.M.J. s/ insania” (Fallo 331:211), “Hermosa, L.A. s/ insania” (Competencia N° 602.XLII) o “Amaya, M. s/ internación” (Competencia N° 515.XLIII).



### III.- LA SALUD MENTAL EN LA MINORIDAD

#### a) Enfoque legal:

Conjugando las variables consideradas –minoridad y disminución mental–, resulta que el ser humano encuadra jurídicamente en la categoría de “menor” hasta los 18 años y que a partir de que deja de ser considerado “menor impúber” y pasa a ser “menor adulto” –es decir, desde los 14 años– y de presentar un estado mental deficitario, puede ser declarado “incapaz” o eventualmente “inhabilitado”.

Una de las primeras respuestas que cabe buscar, sea quizás a la pregunta de por qué el derecho da un tratamiento diferenciado a una causa que normalmente se presenta como un fenómeno continuado en el tiempo, que inicia muchas veces en los primeros años de vida o es congénito y cuya evolución o involución no se vincula con la edad sino con otros factores tanto internos del individuo como externos del medio que lo rodea.

Esta diferenciación, sin embargo, no es exclusiva de nuestro sistema jurídico, otras legislaciones siguen el mismo camino.<sup>477</sup> Sin embargo, a pesar de que su existencia ya aparece justificada por Freitas,<sup>478</sup> un sector de la doctrina la ha criticado por considerar que “si bien el menor impúber está sujeto a la representación legal, no debe olvidarse la profilaxis social, o sea, la salud de la persona y las posibilidades de su curación, que quedarían supeditadas a las disposiciones y preocupaciones del padre o tutor”.<sup>479</sup>

<sup>477</sup> Se puede ver por ejemplo, el Código Civil Francés, que establece en su artículo 488: “La mayoría de edad se fija a los dieciocho años cumplidos; a esta edad se está capacitado para realizar todos los actos de la vida civil. Está sin embargo protegido por la ley, bien con ocasión de un acto particular o de manera continua, el mayor de edad al que una alteración de sus facultades personales imposibilita cuidar por sí solo de sus intereses. Puede estar también protegido el mayor de edad que, por su prodigalidad, su intemperancia o su ociosidad se expone a caer en la necesidad o compromete el cumplimiento de sus obligaciones familiares”; o el Código Civil de Guatemala, cuyo art. 9° preceptúa: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción”; o el Código Civil de Chile, que se refiere al tema en los siguientes términos (art. 26): “Llámanse infante o niño todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”, y también: “Están sujetos a tutela los impúberes” (art. 341); “Están sujetos a curaduría general los menores adultos; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes; y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito” (art. 342); y “La curaduría del menor de que se trata en este título, es aquella a que solo por razón de su edad está sujeto el adulto emancipado” (art. 435) (el destacado es propio).

<sup>478</sup> “Antes de la impubertad sería inútil, porque una y otra incapacidad son absolutas. Después de la impubertad no sucede lo mismo, porque la incapacidad de los adultos es relativa y de los dementes es absoluta” (FREITAS, Augusto T. Código Civil. Obra fundamental del Código Civil Argentino. Buenos Aires: García Santos y Roldán, 1909, T. I, 67).

<sup>479</sup> Ver CIFUENTES, Santos, RIVAS MÓLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé. Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1990.

Más allá de su acierto o desacierto, lo concreto es que tal tratamiento legislativo unido al resto de la normativa vigente y ya esbozada, se traduce en consecuencias prácticas que no deberían desatenderse si no se quiere que el andamiaje jurídico se transforme en una estructura que se debate en los problemas internos de su interpretación y se aleja del ser humano sufriente que espera de aquel la efectivización de sus derechos.

Es indiscutible que con el dictado de la Ley 26061 ha cristalizado en nuestro derecho interno un nuevo status jurídico de la infancia que supone un plexo de derechos en cabeza de los niños/niñas y adolescentes, complementarios de los que les caben por su condición de persona humana.<sup>480</sup> Esta legislación, de alcance nacional, se estructura sobre el eje niño/a-familia, limitando la intervención del Estado a las situaciones donde está ausente o es insuficiente la presencia familiar y han fracasado las políticas generales de asistencia social.

Así, la norma prevé que el sistema garantista por ella consagrado debe concretarse en el entorno familiar (art. 7) y que las políticas públicas que se implementen deben apuntar a fortalecer dichos vínculos en resguardo de la efectivización de los derechos de los sujetos tutelados (art. 4, inc. a.), autorizando la aplicación por parte del Estado de “medidas de protección” –ordinarias o extraordinarias–, cuando dichos derechos se vieran amenazados o violados por la acción u omisión tanto del mismo Estado, como de particulares (arts. 32 a 41).

Cabe destacar a esta altura, que en lo pertinente, dentro de los derechos que se reconocen expresamente a los niños/niñas y adolescentes, está consagrado el “derecho a la salud”, entendido este con un sentido integrador de sus distintos aspectos y alcance.<sup>481</sup>

Para el cumplimiento de los fines de esta legislación, se instituye un “Sistema de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”, estructurado en torno de todos los organismos públicos y privados vinculados al diseño y ejecución de las políticas públicas en la materia, sea a nivel nacional, federal o provincial (arts. 32, 42 y conc.).

---

<sup>480</sup> “El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores, se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona: en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general” (CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”, en *Justicia y Derechos de Niños*. Santiago de Chile, UNICEF, número 9: 125, 2007).

<sup>481</sup> Leemos en el último párrafo del art. 14: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.

En el orden local, la ciudad de Buenos Aires, con el dictado de la Ley 114<sup>482</sup> re-cepta el espíritu y contenido de la antedicha normativa. En ella advertimos que el legislador no solo se preocupó de reconocer expresamente este “derecho a la salud” de los niños/niñas y adolescentes con igual alcance (art. 22), sino que lo refuerza en dos preceptos. Uno, el contenido en el art. 21, en tanto establece: “Las niñas, niños y adolescentes con necesidades especiales de cualquier índole tienen derecho a disfrutar de una vida plena en condiciones que aseguren su dignidad e integración igualitaria”, y el otro, más específico y directo a los fines del presente trabajo, que dispone: “A los efectos de garantizar el disfrute del nivel más alto de salud, el Gobierno debe adoptar medidas para: [...] i) garantizar la aplicación de los principios consagrados en esta ley en materia de prestaciones relativas a la salud mental” (art. 23).

Volviendo a la normativa contenida en la Ley 26061 y para cerrar este enfoque, es dable destacar que paralelamente la ley modifica tres artículos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de los cuales nos interesa el nuevo texto dado al art. 234: “Podrá decretarse la guarda: 1) De incapaces mayores de dieciocho (18) años de edad abandonados o sin representantes legales o cuando estos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones; 2) De los incapaces mayores de dieciocho (18) años de edad que están en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta su curatela”.

Esta nueva redacción dada a la norma adjetiva modifica sustancialmente el alcance de la medida que antes autorizaba el Código.<sup>483</sup> Baste cotejar ambos textos, para advertir que en principio se ha excluido de la competencia judicial a los menores de edad cuya situación encuadre en los presupuestos fácticos que describe la norma. En consonancia con dicho posicionamiento, la Ley 114 de la Ciudad de Buenos Aires apunta a la desjudicialización de las situaciones de desamparo y el traspaso de su abordaje a la órbita de los organismos administrativos, con facultades de disponer medidas de protección “especial”.<sup>484</sup>

---

<sup>482</sup> Sancionada el 3 de diciembre de 1998 y publicada en el BOCBA N° 624 del 3 de febrero de 1999.

<sup>483</sup> En su anterior redacción, en lo que a este trabajo concierne, el art. 234 autorizaba la misma medida cautelar con relación a “2) de menores o incapaces que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales, 3) de menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando estos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones, 4) de los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela o sus efectos”.

<sup>484</sup> En la misma línea de adhesión a la legislación nacional, distintas provincias fueron dictando progresivamente sus propios ordenamientos legales. Así, la provincia de Buenos Aires, con las leyes 13298 y 13634 de Protección Integral de los Derechos de los Niños; Chubut con el dictado de la Ley 4347 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia; Entre Ríos con la Ley 9324 de Estatuto Jurídico del Menor; Jujuy con el dictado de la Ley 5288 de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia; Mendoza con la Ley 6354 de Protección Integral del Niño y del Adolescente; o Salta con el dictado de la Ley 7039 de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, solo para mencionar algunos de los textos sancionados en concordancia con la Ley 26061. Otras provincias han, directamente, adherido a la norma citada en último término, como Chaco, Corrientes o San Luis.

Baste mencionar por último, que –conforme se puntualizara en párrafos anteriores en el sentido del carácter complementario y no sustitutivo de la legislación especial vinculada a esta franja etaria– la normativa citada supone un plus de garantías y se integra en el plexo de normas dictadas en resguardo de los derechos de los menores y de los padecientes mentales.

*b) Enfoque práctico:*

El tema no pasa solo por definir los fenómenos que operen como causa obstativa del discernimiento pleno a partir de sus consecuencias negativas para la persona comprometida, sino de componer un cuadro de situación en orden a los mecanismos instrumentados con sustento en el marco normativo, para paliar esas deficiencias en vista de la efectivización de los derechos del sujeto afectado.

En este sentido, si bien no es posible confeccionar un “catálogo” de situaciones previsibles, sí podemos hacer un “agrupamiento” de ellas en función de las conductas sociofamiliares que habitualmente las caracterizan.

Así, se pueden diferenciar tres tipos de situaciones donde está involucrada la salud mental de un menor de edad. Un primer grupo lo constituyen los menores que cuentan con vínculos familiares que les dan una contención adecuada. Son niños y jóvenes cuya problemática mental es abordada y tratada bajo responsabilidad de sus padres o tutores. Hay un referente que además es responsable legalmente del sujeto vulnerable y la vinculación con el Estado como “protector” –si se me permite el uso del término– ante eventuales situaciones de abuso y/o desprotección, aparecen esporádicamente cuando cuestiones patrimoniales o internaciones involuntarias imponen la intervención de la Justicia (art. 145 a *contrario sensu*, art. 482 y conc. del Código Civil).

Un segundo grupo está conformado por padecientes mentales menores de edad que viven en el seno de un grupo familiar conflictivo, desvinculados de sus afectos, en riesgo por carencias de lazos filiales o ausencia en la asunción de roles paternos o directamente, en situación de calle. Puede que muchos de estos niños/niñas y adolescentes deficitarios, pasen toda su existencia en el anonimato y terminen “cosificándose” por el desamparo en que han caído; pero cuando la situación es detectada, entran a jugar –o deberían entrar– las políticas públicas organizadas a efectos de superar ese estado falencial.

En esta instancia, es el conjunto de organismos de tipo administrativo el que está encargado de acudir en procura de los derechos de los sujetos involucrados. Así, la manda legal contenida en el art. 42 y siguientes de la Ley 26061, se reproduce –a partir de los distintos ordenamientos locales que la han receptado formal o sustancialmente– en distintas instituciones de naturaleza administrativa destinadas precisamente a la protección del menor como sujeto de derechos, pero a partir del fortalecimiento de los vínculos familiares, orientándose a la reinserción del niño o del joven en su núcleo primario, es decir, desde un ángulo prioritariamente asistencial, social.

Son los mismos organismos administrativos por sí o por intermedio de las organizaciones civiles –cuando la respectiva legislación lo permite– los que están facultados para dictar medidas de protección sobre la persona del menor y ello, con distinto alcance según la respectiva jurisdicción.

Sin embargo, cuando se trata de la salud mental del niño o adolescente y la medida necesaria suponga avanzar sobre la libertad o la integridad física del involucrado, algunas legislaciones requieren expresamente autorización judicial. Así, por ejemplo, vemos en la provincia de Chubut que el art. 59 de la Ley 4347, autoriza a disponer: “e) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o tratamiento ambulatorio”, mediando orden judicial previa (art. 61); o en la provincia de Misiones, que establece en su art. 41 que podrá tomarse como medida de protección la “g) asistencia para la realización de tratamientos médicos, psiquiátricos o de adicciones, en sistemas de internación o ambulatorios [...] Las medidas enunciadas en este artículo deberán ser acordadas originariamente en las instancias administrativas creadas en los ámbitos provincial y/o municipal, con la debida participación del niño, niña y adolescente y su familia o aquellos a los que adhiera afectivamente. Las medidas previstas en los incisos g), cuando no hubo acuerdo [...], deberán ser dispuestas con intervención de la autoridad judicial competente”.

Sirvan estos dos ejemplos, cuyo contenido es recurrente en otras legislaciones provinciales, para destacar que la problemática del menor afectado en su salud mental, es considerada –desde el ángulo de la tutela de sus derechos– en el marco general que involucra al individuo en tanto integra una determinada franja etaria. Por el contrario, el plus de vulnerabilidad que supone el déficit psíquico no se traduce en un tratamiento diferencial focalizado en el encuadre y superación de dicho estado. Salvo que medie la necesidad de privarlo de su libertad por vía de una internación –situación en la que debe intervenir el Poder Judicial, por la restricción que ello supone–, rara vez, de la intervención de los organismos administrativos o de la sociedad civil vinculados a esta temática, resulta un abordaje específico de aún incipientes patologías que se manifiestan en la minoridad.

El enfoque básicamente social, asistencial, apuntado al mantenimiento o reinserción en el núcleo familiar del niño o joven, muchas veces termina diluyendo la naturaleza de las manifestaciones conductuales del sujeto, que suelen ser interpretadas como propias de sus circunstancias familiares o afectivas y no como exteriorizaciones de algún déficit mental, originario o derivado de adicciones tóxicas.<sup>485</sup>

---

<sup>485</sup> Recientemente, la Ciudad de Buenos Aires ha publicado una investigación llevada adelante por el Observatorio de Políticas Públicas en Adicciones, sobre “Consumo de Paco y sustancias psicoactivas en niños y niñas en situación de calle y jóvenes en tratamiento” en el que destaca –entre otros datos– la temprana edad en que los niños comienzan a relacionarse con la droga. Si a ello se adiciona el entorno sociofamiliar en que se generan estas conductas y los efectos nocivos tanto físicos como psíquicos que ella produce, fácil es concluir en el estado de salud mental en que se encuentran esos niños y jóvenes.

Esta mirada desde lo fáctico sugiere quizás cierto desfasaje entre un sistema jurídico garantista y celoso de los derechos de los menores como sujeto beneficiario de un estatus especial y la red de operadores encargados de hacer efectivo ese sistema de protección, cuando se trata de niños/ niñas y adolescentes que suman un plus de vulnerabilidad por su estado mental deficitario.

#### **IV- CONCLUSIÓN**

En sintonía con lo expuesto en el último párrafo, quizás haya llegado el momento de ir reflexionando sobre la necesidad de diseñar un subsistema de protección especial para los menores afectados en su salud tanto por razones orgánicas como producto de hábitos perniciosos que terminan atacando su psiquis.

El avance devastador de este tipo de problemas desde la primera infancia, es un dato que no debería desatenderse y en la corrección de sus consecuencias, también le cabe un papel importante al jurista, por lo que en sí representa para el sujeto afectado y para la sociedad toda.

Así como el derecho ha desarrollado regímenes jurídicos especiales para considerar la situación del menor cuando está en conflicto con la ley penal, de la misma manera el ordenamiento jurídico debería generar dispositivos en las distintas instancias operativas que faciliten la concreción del plexo de derechos y garantías consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna.



## CUESTIONES BIOÉTICAS FRENTE AL DIAGNÓSTICO DE ANENCEFALIA. UNA SOLUCIÓN LEGISLATIVA EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

María Delia Pereiro de Grigaravicius(\*)

### I- LA BIOÉTICA FRENTE A LOS NUEVOS AVANCES CIENTÍFICOS

En el siglo XXI, el hombre se encuentra con el gran desafío de utilizar los avances científicos obtenidos para mejorar la calidad de vida, la salud, el medio ambiente, los recursos naturales o ingresar en una faz experimental sin límites éticos ni jurídicos que puede poner en peligro a toda la humanidad.<sup>486</sup>

Es por ello que se impone la necesidad impostergable de una profunda reflexión ética, y un análisis meditado de la regulación normativa para no afectar la dignidad del hombre y no inhibir el avance de la ciencia.<sup>487</sup>

Esta nueva realidad se produce en muchas ocasiones, como en el caso que analizaremos, al contar con métodos tecnológicos que pueden anticipar el diagnóstico de graves enfermedades o malformaciones en una persona por nacer.

Es en estos casos, cuando se impone la bioética para contrarrestar racionalmente los posibles desequilibrios de tipo antropológico y ético frente a los progresos tecnológicos, debiendo tener en cuenta el respeto por la vida y la libertad personal. Nos encontramos en la necesidad de introducir reflexiones éticas en el campo del progreso científico.<sup>488</sup> Recordemos que fue Van Rensselaer Potter quien en el año 1971 introdujo ese concepto y dio comienzo a la disciplina.<sup>489</sup>

---

(\*) Doctora de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Civil. Tesis propuesta para el Premio Facultad. Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de la U.B.A.

<sup>486</sup> PEREIRO de GRIGARAVICIUS, María Delia. "Bioética, Biotecnología y Desarrollo Sustentable", en *Revista Conceptos*. Buenos Aires: UMSA, mayo-agosto 2000, p. 33.

<sup>487</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Responsabilidad Civil y otros estudios. Doctrina y comentarios de jurisprudencia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, vol. IV, p. 272.

<sup>488</sup> DONADIO MAGGI de GANDOLFO, María Celestina. "Biodiversidad y Bioética. La Naturaleza como un recurso moral", en *Vida y Ética. Publicación del Instituto de Bioética, Universidad Católica Argentina*, año 2, N° 1, junio de 2001, p. 44.

<sup>489</sup> POTTER, V. *Bioethics. Bridge to the Future*. Nueva Jersey: Prentice Hall, 1971.



## II.- DERECHO A LA VIDA DE LA PERSONA POR NACER Y DAÑO PSICOLÓGICO A LA FUTURA MADRE

Frente a un diagnóstico de una enfermedad terminal como la anencefalia en una persona por nacer y el deber de informar a la madre el diagnóstico que pesa sobre su futuro hijo, se ha planteado el dilema de la posibilidad de un aborto terapéutico por el daño psicológico que sufrirá la madre esperando que nazca un hijo que va a morir.

Vale decir que hay dos valores en juego: la vida de la persona por nacer y el daño psicológico que sufrirá la madre. En estos valores encontrados, sin duda alguna, debemos defender la vida.

No ha sido fácil resolver el tema por parte de la Justicia, ante el pedido de la madre de realizar un aborto en un caso como el que comentamos. Es por ello que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha normado conforme la jurisprudencia y las normas bioéticas en juego una ley muy interesante, que da una salida equilibrada a un tema tan difícil.

Para que este tema tan complejo se entienda con mayor claridad, comenzaré por desarrollar lo relativo a la enfermedad para luego abordar la jurisprudencia y la normativa a la que nos referimos.

## III- ANENCEFALIA. FETO QUE PADECE UNA PATOLOGÍA INCOMPATIBLE CON LA VIDA

Se ha entendido que el feto es anencefálico cuando, después de varias semanas de gestación, no presenta desarrollo de masa encefálica ni calota craneana,<sup>490</sup> lo que surge de estudios ecográficos, además de los complementarios que sean necesarios. Esta situación llevará al cuerpo médico a determinar si se trata de un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida.

Para que esto ocurra se deberá diagnosticar que el feto presenta gravísimas malformaciones irreversibles e incurables que producirán su muerte intrauterina o a las pocas horas de nacer.<sup>491</sup>

---

<sup>490</sup> "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires". Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 26/12/2000. *La Ley*, 2001, E 272 (con nota de Marcela I. Basterra).

<sup>491</sup> *Ley 1044 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (26/6/2003). Regula el procedimiento a seguir ante situaciones de embarazos con patologías incompatibles con la vida.*

#### IV.- COMIENZO DE LA VIDA. CONCEPTO DE PERSONA

En este caso, el comienzo de la vida no es materia de debate, porque estamos hablando de un feto que se encuentra en el seno materno, vale decir que comprende tanto el concepto restringido de persona que enuncia el Código Civil en su art. 63 al entender que “son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, como el concepto amplio que enuncian las convenciones, incorporado a nuestra Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22, como consecuencia de la reforma constitucional de 1994, en las que se dice que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida [...] a partir del momento de la concepción”.<sup>492</sup>

Lo que sí es conveniente resaltar es que las malformaciones que pudiera tener el feto, así como el hecho de carecer de viabilidad extrauterina, no alteran el concepto de persona por nacer en los términos y con los alcances establecidos en el Código Civil.

Vale decir que “antes de su nacimiento, pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubieren nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieran con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre” (art. 70 del Código Civil). Este puede ser el caso de un niño anencefálico que sobrevive algunas horas después del nacimiento.

El artículo 72 del Código Civil es contundente al expresar que “tampoco importará que los nacidos con vida tengan imposibilidad de prolongarla, o que mueran después de nacer, por un vicio orgánico interno, o por nacer antes de tiempo”. Esta regla es estricta: “Si muriera antes de estar completamente separado del seno materno, será considerado como si no hubiera existido” (art. 74 del Código Civil), pero, en caso de duda de si hubiera nacido o no con vida, se presume que nació vivo.

Si nace con vida será entonces una persona de existencia visible, sin que pueda perderse tal carácter por las malformaciones descriptas, porque “todos los entes que presentan signos característicos de humanidad, sin distinción de calidades o accidentes, son personas de existencia visible” (art. 51 del Código Civil).

Este acontecimiento puede cambiar el orden hereditario o hacer ingresar bienes al patrimonio de los herederos del recién nacido cuando este fallezca, si es que los ha recibido por donación o herencia. Este es un hecho que debe ser de conocimiento de los padres que están viviendo esta angustiada situación. Está claro entonces que las malformaciones descriptas no empañan el carácter de persona. La idea de dignidad presupone precisamente que el hombre es más que simple materia. Aun siendo el cuerpo un elemento constitutivo de nuestra personalidad, cada uno de nosotros es al mismo tiempo, y sobre todo, espíritu.

---

<sup>492</sup> “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, suscripta en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 (art. 4).

Para combinar ambas ideas podríamos decir, forzando los términos, que somos un “cuerpo espíritu” o un “espíritu corpóreo”. Es precisamente la dimensión espiritual la que nos constituye en última instancia como personas.

Estas reflexiones nos colocan ante uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta la bioética: recuperar la unidad de la persona. Tenemos que volver a unir una sola realidad personal –el cuerpo y el espíritu–, sabiendo que el desdoblamiento de ambos conduce a un materialismo grosero, desconocedor de la dignidad humana, o a un espiritualismo ingenuo, que olvida que el cuerpo también participa de la dignidad de las personas.

Es por ello que resulta importante que el progreso científico sea acompañado de una reflexión ética, para evitar que los que nuevos medios técnicos sean utilizados en desmedro de los seres humanos más frágiles.<sup>493</sup>

## V.- DAÑO PSÍQUICO DE LA MADRE Y SU ENTORNO FAMILIAR

Lo analizado hasta ahora no puede ser tomado como un hecho aislado. Los avances de la medicina moderna, que se complementa con las nuevas tecnologías, han hecho posible que puedan conocerse las patologías del feto con anterioridad al parto.

El médico, por su parte, tiene el deber de informar a la madre los hallazgos encontrados en los estudios realizados. Esto permite en muchos casos prevenir o mejorar enfermedades con tratamientos que se realizan aun cuando el feto se encuentra en el seno materno.

Pero, en otras oportunidades, las anomalías encontradas pueden ser de naturaleza irreversible, tal es el caso del feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida. En este caso, el médico debe tomar todos los recaudos necesarios para informar a la madre y al grupo familiar de la realidad a la que se enfrentan, con el apoyo psicológico necesario para contener la angustia de esas personas que ven frustradas las expectativas puestas en su hijo por nacer. Estamos aquí frente a una colisión de derechos en juego que se dan entre una vida indefectiblemente destinada a cesar y el daño que sufrirá la madre y su grupo familiar.<sup>494</sup>

Esta noticia generará sin duda alguna un grado de angustia que puede derivar en un daño psíquico y hasta en muchas oportunidades físico en la madre, que espera con angustia un parto que llevará indefectiblemente a la muerte al bebé que tiene

---

<sup>493</sup> ANDORNO, Roberto. *Responsabilidad Profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Una aproximación a la bioética*. Buenos Aires: La Ley, 2002, pp. 413-428.

<sup>494</sup> “T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. *Dictamen del procurador general de la Nación Nicolás Eduardo Becerra*. Bs.As. 8 /1/2001. *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. T. 421. XXXVI.

en sus entrañas. Este hecho ha llevado a muchas madres en esta situación a pedir el adelantamiento del parto.

En estas circunstancias, tiene un valor de singular trascendencia el dictamen del Comité de Bioética de la Institución que tiene a su cargo el control del embarazo. Así, en un caso emblemático de los últimos años, se tomó en cuenta que el Comité de Bioética de la institución interviniente había informado que “se considera moralmente aceptable la interrupción del embarazo (inducción del parto) solicitado por la paciente atendiendo al daño a su salud psicológica que el mismo le ha provocado y a la especial condición de inviabilidad del feto [...] y que [...] la interrupción del embarazo, [...] podía ser efectuada en el momento que el especialista considere adecuado y mediante el procedimiento más conveniente, dado el contexto materno-fetal del caso”.<sup>495</sup>

Pero la falta de regulación legal de aquel momento llevó a la madre a solicitar autorización judicial con el desgaste, sin duda mayor, de tener que recurrir a engorrosos procedimientos y traumáticas pericias.

Esto llevó a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ante los numerosos planteos que debían llegar a una rápida resolución por la naturaleza del tema, tomara una posición clara al respecto, aunque con disidencias de algunos de sus miembros.

Frente a estos casos, ha decidido que:

- 1) La petición del amparo no implica la autorización para efectuar un aborto y que la sentencia no contempla siquiera tal posibilidad.
- 2) Esto es porque no se persigue una acción que tenga por objeto la muerte del feto, debiendo preservarse su vida en la medida de lo posible y de las extremas circunstancias en que esta gestación se desarrolla.
- 3) Si adelantar o postergar el alumbramiento no beneficia ni empeora la suerte del *nasciturus*, ya que su eventual fallecimiento no sería consecuencia del hecho normal de su nacimiento sino de la gravísima patología que lo afecta –anencefalia–, no cabe suponer que la preservación de la vida imponga la postergación artificiosa del nacimiento, para prolongar la única supervivencia que le es relativamente asegurada: la intrauterina, ya que aun esa postergación –de ser factible– llegaría inevitablemente a un fin.
- 4) Estamos frente a la situación paradójica de que, con el alumbramiento, aun rodeado de las máximas precauciones que puede proporcionar la ciencia médica, acontecerá la muerte del recién nacido. Llegar a ser un individuo en el mundo exterior significa cruzar un umbral que, en la especie, resulta insuperable pues el mero hecho de atravesarlo provocará el deceso.

---

<sup>495</sup> “B.A. s/ Autorización judicial”. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. B. 575. XXXVII. 7 de diciembre de 2001.

5) La vida del niño solo perdurará durante el mantenimiento en el seno de la madre, que concluye al cumplirse un plazo infranqueable: el ciclo normal de gravidez.

6) Frente a lo irremediable del fatal desenlace y a la impotencia de la ciencia para solucionarlo, cobran toda su virtualidad los derechos de la madre a la protección de su salud, psicológica y física, y en general todos aquellos reconocidos por los tratados que revisten jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

7) No se trata de un caso de aborto, ni de aborto eugenésico, ni de una suerte de eutanasia, ni de un ser que no es –para excluir la protección de su vida– persona, ni de la libertad de procreación para fundar la interrupción de su vida –no se trata de una acción para provocar la muerte del niño durante su gestación–; lo que se autoriza es la inducción de un nacimiento una vez llegado el momento en que el avance del embarazo asegura el alumbramiento de un niño con plenas posibilidades de desarrollarse y vivir.

8) Los médicos deberán cumplir con todas las reglas del arte de la medicina con el mayor respeto hacia la vida embrionaria, siendo una decisión con pleno respeto a la vida.

9) Debe preponderar el daño psicológico de la madre que deriva del intenso sufrimiento de saber que lleva en su seno un feto desprovisto de cerebro y calota craneana, con viabilidad nula en la vida extrauterina, o viabilidad de solo algunas horas, hecho que afecta a toda la familia, sobre la prolongación de la vida intrauterina del *nasciturus*, frene a la realidad descripta.<sup>496</sup>

## VI- LA REGULACIÓN LEGAL EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Frente a esta nueva realidad con la que se enfrenta la práctica médica, la ciudad de Buenos Aires decidió regular el tema y evitar así la incertidumbre de los profesionales de la medicina frente a cada caso, y el desgaste de las madres que deben agregarle al sufrimiento de encontrarse con la terrible realidad de un embarazo de estas características, enfrentarse a un proceso judicial (cuando deciden adelantarlo).

Es así como se sancionó la Ley 1044, con fecha 26 de junio de 2003, que regula el procedimiento a seguir ante situaciones de embarazo con patologías incompatibles con la vida, todo ello en el marco de la Ley 153.

---

<sup>496</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo B. 575.XXXVII, "B.A. s/ Autorización judicial", 7/12/01. T. 324 P. 4061. Fallo "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", 11/01/01. T. 324, p. 5. E.D. 13- 03-01, nro. 50.654 c/ nota. J.A. 18 - 04 - 01 c/ nota - L.L. 3 - 09 - 01, n° 102.553 c/ nota.

Se aplica a los establecimientos asistenciales en el sistema de salud de la ciudad de Buenos Aires, respecto de toda mujer embarazada con un feto que padece anencefalia o patología análoga incompatible con la vida (art. 1), esto es, cuando se producirá su muerte intrauterina o a las pocas horas de nacer (art. 2).

Se establece que el diagnóstico sea avalado por el médico tratante de la mujer embarazada mediante la realización de dos ecografías obstétricas, consignado el número de documento de identidad de la gestante o su impresión digital (art.3). Asimismo, se impone la obligación al médico tratante de informar a la mujer embarazada y al padre, si compareciere, dentro de las 72 hs de la confirmación del diagnóstico y el pronóstico de la patología que afecta al feto, la posibilidad de adelantar o continuar el parto y las consecuencias de la decisión que adopte. Es importante la obligación de dejar constancia de esto en la historia clínica debidamente conformada por la gestante (art. 4).

Por último, se establece la obligatoriedad de asistencia psicoterapéutica para la gestante y su grupo familiar, a partir de que se le informe el diagnóstico de referencia (art. 5).

Los requisitos de adelantamiento del parto son muy estrictos. Para ello se requerirá:

- a) Certificación de inviabilidad del feto registrada en la historia clínica de la embarazada, con rúbrica del médico tratante, del ecografista y del director del establecimiento asistencial.
- b) Consentimiento informado de la mujer embarazada, prestado en la forma prescripta en el Decreto 208/01.
- c) Que el feto haya alcanzado las veinticuatro (24) semanas de edad de gestación, o la mínima edad gestacional en la que se registra viabilidad en fetos intrínseca o potencialmente sanos (art. 6).

Es importante destacar que se respetan las objeciones de conciencia en los profesionales que integran los servicios de obstetricia y tocoginecología, estando obligados los directores del establecimiento asistencial que corresponda y la Secretaría de Salud a disponer o a exigir que se dispongan los reemplazos o sustituciones necesarios de manera inmediata (art. 8).

## VII.- LA BIOÉTICA COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL PARA RESOLVER LA COLISIÓN DE DERECHOS EN JUEGO

Como lo señaláramos oportunamente, en este tipo de casos nos encontramos frente a una colisión de derechos: el de esa persona por nacer a quien le espera la muerte con el nacimiento o a las pocas horas de nacer, y el de la madre y su familia,

que deben sufrir la espera de un parto que los llevará a ver la realidad de un hijo sin posibilidades de sobrevivir, frente a los avances científicos que tenemos ahora. Ante este cuadro realmente desesperante se encuentra el médico, que ya sea en la ciudad de Buenos Aires, donde el procedimiento está regulado, como en el lugar del país donde no lo esté, tiene que realizar un diagnóstico en el que el error médico sería gravísimo.

Más grave sería encubrir un diagnóstico bajo la apariencia de otro en forma intencional; esto ya no sería una actitud negligente sino que estaríamos ante un delito del derecho criminal.

En estos casos, se impone la bioética. Nos encontramos en la necesidad de introducir reflexiones éticas en el campo del progreso científico.<sup>497</sup>

El accionar médico debe respetar los derechos del paciente, así como los derechos que como persona le pertenecen, entre los que podemos mencionar el derecho a la salud, derecho a la información, a respetar su consentimiento o el del familiar, en el caso de que la persona sea menor o se encuentre imposibilitada de expresarse, derecho a la historia clínica, derecho a su intimidad.

El médico debe respetar esos derechos, pero asimismo los que le imponen las normas éticas y jurídicas que regulan los principios fundamentales en la sociedad donde ejerce su profesión, encontrándose obligado a actuar dentro del marco que esas normas le imponen.

---

<sup>497</sup> PEREIRO DE GRIGARAVICIUS, María Delia. "Bioética y práctica médica", en *La Ley actualidad*, Buenos Aires, 31 de mayo de 2005.

# CAPÍTULO 5

# LA RESPONSABILIDAD

# MÉDICA

## LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO EN ESPAÑA

**Domingo Bello Janeiro (\*)**

### I. INTRODUCCIÓN

En materia de responsabilidad civil extracontractual, el Código Civil español, en su artículo 1902, consagra el principio general de que toda persona responde de los daños que “por acción u omisión” cause a otro “interviniendo culpa o negligencia”. El artículo siguiente sienta que esta responsabilidad “es exigible, no solo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder”. Tras ello, en la redacción vigente hasta la reforma operada por la Ley 1/1991, del 7 de enero, de este último artículo 1903, se especificaba que: “El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un ‘agente especial’; pero no cuando el daño hubiese sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior”, lo cual, en la práctica forense, nunca se aplicó, según veremos a continuación.

En todo caso, dicho marco legal no representa ninguna novedad en relación con el resto de los países de nuestro entorno cultural y jurídico. Lo que realmente resulta singular –sin parangón en el resto de ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito–, es el carácter general y objetivo de la responsabilidad –civil extracontractual– de la administración sanitaria por los daños originados al paciente a consecuencia de la actividad y el funcionamiento, no solo anormal, sino, incluso, normal, de los poderes públicos sanitarios, prescindiendo totalmente del fundamento tradicional de la culpa o negligencia y, en su caso, de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, con fundamento en el concepto de lesión que el paciente no tie-

---

(\*) *Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña. Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Galicia.*



ne obligación legal de soportar<sup>498</sup>, si bien en las últimas decisiones del Tribunal Supremo español se ha matizado este planteamiento de modo más afortunado, considerando de enorme relevancia el empleo de la técnica médica adecuada para concluir la eventual responsabilidad.<sup>499</sup>

Hasta las últimas reformas normativas en el ámbito administrativo, la mayor parte de las demandas contra la Administración en tema sanitario se planteaban ante la jurisdicción civil de acuerdo con las normas expuestas del Código Civil español, incluso en los casos de previo contrato entre médico y paciente.<sup>500</sup> Sin embargo, en la actualidad, la responsabilidad civil extracontractual de la administración sanitaria, salvo en la condena penal, solo puede ser planteada ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con las normas generales reguladoras de las administraciones públicas, al margen del criterio de imputación tradicional sustentado en la culpa, incluso para exigir por parte del dañado responsabilidad civil al personal al servicio de la Administración. En estos momentos no puedo

---

<sup>498</sup> Vid. acerca de la cuestión el ya clásico libro de ROGEL VIDE, Carlos. *La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español. Introducción al estudio jurisprudencial*. Madrid: Civitas, 1977, con amplia bibliografía y exhaustivo índice de sentencias, donde se afronta un amplio y completo estudio de la responsabilidad civil extracontractual a la luz de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo español hasta la fecha de su publicación, con un completo y ordenado estudio de las mismas, defendiendo la viabilidad de la tesis objetiva de la responsabilidad en nuestro derecho.

<sup>499</sup> En este nuevo ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo, resulta muy clarificadora del planteamiento moderno en forma correcta matizando el carácter objetivo de la responsabilidad por el funcionamiento normal de la Administración sanitaria y asumiendo en buena medida el planteamiento adecuado originariamente proveniente de la jurisdicción –y normativa– civil, la sentencia de la Sala Tercera, Sección 6ª, del Tribunal Supremo español de 30 de octubre de 2007, donde se precisa que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente, siendo, como se precisa en la sentencia de la misma Sala y Sección del 1º de febrero de 2008, exigible tan solo la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica.

<sup>500</sup> Según veremos más adelante, habitualmente se suele concertar con el médico un contrato de servicios, de forma expresa o tácita, de suerte que los posibles daños derivados del tratamiento o de la intervención quirúrgica de que se trate vienen derivados, desde luego, por el incumplimiento imputable, o el defectuoso cumplimiento, de un anterior contrato, al que resultan de aplicación, en cuanto a sus efectos, los artículos 1101 y siguientes del Código Civil español, pero la realidad en la práctica forense es que, ante la multiplicidad y enorme variedad de supuestos de hecho que se plantean en la práctica, los daños se consideran en la mayoría de las sentencias derivados de relaciones extracontractuales aplicándose el artículo 1902 en la mayor parte de las ocasiones, todo ello sin poner en cuestión en ningún momento su primigenio origen contractual, y, como veremos, incluso al margen del fundamento de la propia pretensión en uno u otro régimen, lo que no me parece respetuoso con el distinto régimen normativo vigente en España para la responsabilidad contractual o extracontractual con un muy diferente plazo de prescripción.

más que destacar esto de inicio, dejando su estudio para otro lugar, antes de proceder a resumir el planteamiento en vía civil cuando lo que se pretende es la responsabilidad civil, de este tipo, del médico, y no de la administración sanitaria, que es la materia que centra nuestra atención en este trabajo.

A tal punto resulta ciertamente curiosa la jurisprudencia en la materia, que hasta prácticamente el año 2005 no se vuelve a recuperar la culpa médica como criterio de imputación de la responsabilidad del profesional por parte de las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, que se inclinan ahora, ya de manera más nítida, hacia una clara evolución a favor de subjetivación de la responsabilidad del médico, abandonando progresivamente, al menos de manera indiscriminada, el uso de criterios de imputación objetiva, como el daño desproporcionado o la normativa protectora de los consumidores, para enjuiciar al médico con criterios propios de la responsabilidad objetiva de la Administración, obviando cualquier referencia a la culpa o negligencia del facultativo.<sup>501</sup>

Sobre todo ello, en tanto que tajante confirmación de la vuelta de la jurisdicción civil a la subjetividad de la responsabilidad sanitaria y a la culpa médica como criterio de imputación, resulta muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 24 de noviembre de 2005. En ella, precisamente, se plantea la cuestión de en qué lugar se encuentra la responsabilidad civil médica y se considera que la jurisdicción civil siempre se ha inspirado en la existencia de culpa o negligencia para apreciar la responsabilidad del médico, concluyendo que no ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de ne-

---

<sup>501</sup> Así, según se verá, se utilizó indiscriminadamente para enjuiciar al médico con criterios objetivo el recurso al daño desproporcionado, en que se llegaba a considerar suficiente probar la existencia del perjuicio y la relación de causalidad con el acto médico para la indemnización, así como la aplicación del entonces vigente artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios, en cuya virtud se entiende que se responde de los daños originados en el correcto uso de los bienes y servicios cuando incluyan la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad, son los cauces utilizados hasta entonces por la Sala de lo Civil, de suerte que mientras la Sala de lo Contencioso-Administrativo acotaba acertadamente la responsabilidad de la Administración mediante el uso de criterios como la *lex artis*, en cambio la Sala de lo Civil se inclinaba hacia la objetivación de la responsabilidad civil médica, si bien partir de mediados del año 2005 se produce una aproximación de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español hacia el principio de responsabilidad subjetiva y el criterio de la culpa o negligencia como causa para determinar la responsabilidad del facultativo, tal y como se pone de manifiesto en sentencias como la del 24 de mayo de 2005, en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español recuerda que la obligación del facultativo no es la de la obtención de resultados, sino una obligación de medios y descarta la inversión de la carga de la prueba, aunque entiende que el médico debe acreditar que no hay infracción de *lex artis* al encontrarse en una mejor posición probatoria que el paciente, así como en la de la misma Sala, del 26 de mayo de 2005, en la cual se hace mención del daño desproporcionado, pero no lo aplican. Vid. resumen de todo ello Diario Médico, del 11 de noviembre de 2008, con declaraciones en tal sentido del presidente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, Juan Antonio Xiol Ríos.

gligente y como tal imputable al médico demandado al decidir intervenir quirúrgicamente al demandante.<sup>502</sup>

En esta sentencia, ante la solicitud de indemnización frente al médico que intervino al actor, el Servicio Valenciano de Salud, el Instituto Nacional de Salud Pública de España, INSALUD y las compañías aseguradoras, en un caso en que la demanda se dirige contra un particular y solidariamente contra la administración, el Tribunal Supremo español razona sobre la demostración por el paciente de la relación o nexo de causalidad y de la culpa y la consiguiente infracción de la *lex artis ad hoc*<sup>503</sup>, declarando el Tribunal Supremo español que es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil, dado que la atribución de la competencia en tales casos de reclamación conjunta al orden jurisdiccional contencioso-administrativo no se produjo hasta la Ley Orgánica 6/1998, del 13 de julio.<sup>504</sup>

Todavía quedaría por plantear la cuestión de la responsabilidad contractual del personal sanitario, analizando la relación entre el paciente y quien le procura la asistencia sanitaria. No cabe duda de que la atención médica puede prestarse dentro del marco de una relación contractual o similar entre el paciente y quien lo

---

<sup>502</sup> En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español de 24 de noviembre de 2005 se concluye la desestimación de demanda a causa de intervención médica en reclamación de una indemnización frente al médico que intervino al actor, el Servicio Valenciano de Salud, el Instituto Nacional de Salud Pública de España, INSALUD y las compañías aseguradoras, ante la demanda dirigida contra un particular y solidariamente contra la Administración, respecto de lo cual el juez de primera instancia desestima la demanda. Esta sentencia es revocada en grado de apelación, dándose lugar a la condena de los demandados a abonar una indemnización de cuantía inferior a la solicitada, mientras que el Tribunal Supremo español declara haber lugar a los recursos de casación interpuestos, absolviendo a todos los demandados de los pedimentos de la demanda y considera que es competente para conocer de la reclamación indemnizatoria el orden jurisdiccional civil en los términos que se exponen en el texto y, por último, el Tribunal Supremo español aprecia que, como se dice en el texto, no ha resultado probada una actuación médica que pueda calificarse de negligente y como tal imputable al médico demandado al decidir intervenir quirúrgicamente al demandante.

<sup>503</sup> El supuesto fáctico enjuiciado por el Tribunal Supremo español, como se ha dicho, se resume en que un paciente, tras ser intervenido, sigue padeciendo la misma malformación arteriovenosa cerebral que tenía, tras lo cual, como se reitera, demanda al médico que le operó, al Servicio Valenciano de Salud, al Instituto Nacional de la Salud y a las aseguradoras en reclamación de una indemnización.

<sup>504</sup> Se recuerda, en concreto, que dicha ley del 13 de julio de 1998 añadió al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el párrafo segundo con un inciso con arreglo al que "si a la producción del daño hubieren concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional" (contencioso-administrativo), de suerte que el Alto Tribunal manifiesta que es inoponible al perjudicado el momento en que se hubiera producido la transferencia de competencias en materia de sanidad e higiene a la Comunidad Autónoma demandada e, incluso, la solidaridad del Instituto Nacional de la Salud de España, INSALUD y del Servicio Autonómico frente al perjudicado al margen de las reclamaciones que después de satisfacerle la indemnización procedieran entre ambos.

atiende, y, a su vez, cuando existe una relación de ese tipo, el paciente puede aparecer vinculado con muy diversas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, incluyendo, a su vez, a uno o varios facultativos, o un centro hospitalario, o bien una sociedad médica al margen de la propia Seguridad Social.<sup>505</sup> No son frecuentes en la práctica, en cambio, aquellas otras hipótesis de asistencia espontánea en las que falta cualquier tipo de contrato previo y que aparece en los casos extremos de asistencia prestada espontáneamente y sin la autorización, pero también sin la oposición del enfermo, por un facultativo que obra por razones humanitarias, en un caso de urgencia que requiere de su intervención, fuera del marco habitual de la consulta o del centro en que presta sus servicios.

En todo caso, en la actualidad, uno de los campos en que la proliferación de conflictos jurídicos es más notoria es el de las reclamaciones judiciales que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, sanitario. Esto es, realmente, universal en los países como el nuestro, con servicios sanitarios avanzados, lo que trae consigo la realización de actos médicos constantes, con medios de diagnóstico y tratamiento de última generación, altamente sofisticados, que, en consecuencia, conllevan más riesgo, a todo lo cual ha de añadirse una mayor preocupación, de todo tipo –legal, judicial y social–, por dichos servicios y, desde luego, por la adecuada defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de los mismos, con una más amplia información de toda clase, incluyendo la procedente de los medios de comunicación de masas.<sup>506</sup>

En resumen, todo lo antedicho concluye con el aumento por parte de los usuarios de servicios sanitarios del recurso a impetrar la tutela correspondiente ante los tribunales de Justicia, que en nuestro país presenta singularidades muy trascendentes últimamente por la moderna legislación aplicable cuando, como suele suceder con frecuencia, se demanda a una administración competente en materia sanitaria, y no solo ya sobre la jurisdicción, que, unificándola en el orden contencioso-administrativo, realmente acaba con el lamentable “peregrinaje de jurisdicciones”, sino, con carácter más amplio, sobre todo el régimen de responsabilidad

---

<sup>505</sup> Cada vez resulta más habitual que el paciente contrate una póliza con una compañía aseguradora que, a cambio de la correspondiente prima, asume el compromiso de poner a disposición de todos los asegurados un amplio abanico de profesionales sanitarios así como, incluso, uno o distintos centros hospitalarios con los que llega a un acuerdo la propia compañía en el caso de que no sean ya de su propiedad.

<sup>506</sup> En el diario *El País* del lunes 5 de febrero de 2007, por ejemplo, se resalta que el Servicio Andaluz de Salud (SAS) ha sido condenado a una indemnización de 104.665 euros a los familiares de un paciente, de 58 años, que ingresó por un fuerte dolor de estómago en el hospital Ruiz de Alda de Granada, siendo examinado por un médico interno residente (MIR), que le diagnosticó gastritis y lo envió a casa, tras lo cual, horas después, regresó al hospital porque el dolor persistía, encargando otro MIR un electrocardiograma, aunque no supo ver las señales que evidenciaban el infarto que le causó la muerte en el propio hospital a la mañana siguiente.

derivada de daños sufridos por la asistencia sanitaria pública, que en nuestro país es gratuita en el momento del uso y universal.

En todo caso, la responsabilidad civil del médico y hasta del centro hospitalario, público o privado, ante la multitud de reclamaciones y las alarmantes noticias en muchas ocasiones de posibles negligencias médicas, supone cada año cerca de cien mil nuevas contiendas judiciales ante los tribunales de Justicia, entre pacientes, médicos y centros sanitarios. Hay casos muy complejos en los que resulta absolutamente imprescindible, como elemental punto de partida, tomar en cuenta la dificultad añadida de la aplicación integradora de la hipotética existencia de la responsabilidad civil regulada en el Código con la responsabilidad, denominada por la Ley Patrimonial de la Administración Pública sanitaria, con un régimen y tratamiento muy diferente.

Es necesario, pues, analizar la cuestión que nos ocupa, en nuestro caso, desde la perspectiva exclusivamente civil, médica y hospitalaria, determinándose entonces la responsabilidad civil, generalmente fundamentada en normas de responsabilidad extracontractual, del médico, consecuente con la obligación derivada del ejercicio de su profesión, y de los centros médicos que se puedan encontrar, en su caso, fuera del Sistema Nacional de Salud, dejando para otro momento el estudio de la construcción objetivista de la responsabilidad patrimonial (*rectius* también civil extracontractual) de la Administración y su incidencia en la responsabilidad de los centros hospitalarios integrados en dicho Sistema Nacional de Salud, donde se busca establecer la base de la responsabilidad de la Administración cuando actúa como prestataria del servicio hospitalario público.

Con todo, aunque en muchas ocasiones, como en las sentencias que veremos del 23 de septiembre de 2004 o del 29 de marzo de 2006, ambas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, se insiste en la obligación del médico como de actividad o de medios, tanto si procede del contrato cuanto si se deriva de una relación extracontractual, si bien, en rigor, como bien señala la sentencia, también de la misma Sala de lo Civil, del 13 de abril de 1999, no resulta aplicable al ámbito extracontractual la misma idea de obligación de medios.<sup>507</sup>

Por lo demás, la realidad es que en la práctica de los últimos años cabe apreciar ciertos síntomas de objetivación en la responsabilidad del mencionado personal sanitario, que, por lo demás, no suele trabajar aisladamente, sino que, con frecuencia, su actividad aparece vinculada a un centro asistencial, público o privado, de cuyo servicio pueden deducirse daños y la exigencia consecuente de responsabilidad para el titular de dicho centro como empresario al amparo del artículo

---

<sup>507</sup> Vid. ASÚA GONZÁLEZ, Clara. "Responsabilidad civil médica", en REGLERO CAMPOS, L. F. (coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*, 2007, 3ª ed., pp. 1178 a 1180. Allí señala, con precisión, que si alguien contrata con un cirujano, entonces la obligación de este será de medios, pero si el cirujano es dependiente de una clínica, que es con la que se establece la relación obligatoria, la invocación de una obligación de medios solo podrá hacerse con propiedad de aquella.

1903 del Código Civil español o de acuerdo con las disposiciones aludidas respecto de la responsabilidad patrimonial de la administración.

## II. NORMATIVA APLICABLE

Respecto de la normativa por la cual se rige este importante y tan sensible sector de la responsabilidad civil, creo que se echa en falta una ley específica sobre la responsabilidad sanitaria. Como en tantas otras esferas de resarcimiento de daños, resultan de aplicación los preceptos básicos del Código Civil español, principalmente los aludidos artículos 1902 y 1903 en el ámbito extracontractual, y los artículos 1101 y concordantes en el contractual, tomando ahora como punto de partida la dicción del artículo 43 de la Constitución, que reconoce el derecho a la protección de la salud señalando que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, para concluir que la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

En la misma Constitución, el artículo 51 dispone que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”. En el mismo texto, dentro de la salud se distinguen de algún modo las circunstancias de las personas (disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, artículo 49), personas de edad avanzada (artículo 50) o el sector de la Seguridad Social (artículo 129).

En todo caso, es muy interesante tomar como punto de partida la concreción de la normativa aplicable en función de la responsabilidad que se pretenda alegar en cada hipótesis, puesto que, al margen de la aplicabilidad de la Ley de Consumidores que veremos a continuación, es preciso diferenciar aquellos supuestos en que el daño es constitutivo de ilícito penal, en que se aplica el Código Penal, de aquellos otros en que no lo es. Asimismo, dentro de estos últimos, hay que distinguir si se ha causado a raíz del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria, en que se aplica el régimen de responsabilidad patrimonial de la administración previsto en la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de aquellos otros en que lo es de la asistencia sanitaria privada, en que serán de aplicación los regímenes de responsabilidad civil, contractual o extracontractual según los casos, del Código Civil español, siendo necesario poder precisar el tipo de relación que puede vincular al paciente con quien le presta asistencia, para deducir de ahí el régimen de responsabilidad aplicable.

También resulta de aplicación, como hemos adelantado, en la jurisprudencia que iremos exponiendo, a partir de su admisión por parte del Tribunal Supremo español en los años 1997 y 1998, la Ley General para la Defensa de Consumidores

y Usuarios del 19 de julio de 1984. En particular, interesa el régimen de responsabilidad sin culpa –previsto en su artículo 28–, a los servicios sanitarios (incluidos expresamente en su párrafo segundo) y la reguladora de responsabilidad por productos defectuosos del 6 de julio de 1994, derivada de la adaptación a nuestro derecho de la Directiva de la Comunidad Económica Europea del 25 de julio de 1985, que fueron modificadas por la Ley de Condiciones Generales de los Contratos del 13 de abril de 1998 y que ahora aparecen, junto con otras, todas ellas refundidas a partir del Real Decreto Legislativo 1/2007, del 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

En las reclamaciones ante los tribunales de Justicia, se alegan también, y resultan de aplicación por estos, la Ley General de Sanidad del 25 de abril de 1986, que se refiere al ejercicio de las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, reconocido en el citado artículo 43 de la Constitución, así como la Ley de Extracción y Trasplante de Órganos del 27 de octubre de 1979 (actualmente Real Decreto 2070/1999, del 30 de diciembre) y el Decreto del 25 de agosto de 1978, sobre garantías de los usuarios de los hospitales, al igual que la Ley del Medicamento, del 20 de diciembre de 1990; la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida del 22 de noviembre de 1988 e, incluso, las normas reguladoras de deberes de carácter moral y ético del denominado Código Deontológico Médico Español de 1990 y la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica del 14 de noviembre de 2002, que ha derogado los artículos correspondientes a la obligación de información y consentimiento informado de la Ley General de Sanidad.

En desarrollo y cumplimiento por parte del médico de su correcta actividad profesional de acuerdo con las normas de la buena fe, del uso y de la ley del artículo 1258 del Código Civil español, es abrumadora la referencia a la denominada *lex artis* y, para el caso concreto, *lex artis ad hoc*<sup>508</sup> que, en el ámbito contractual, en el fondo, supone el desarrollo de los básicos principios generales fundamentales del derecho de la contratación o, desde la perspectiva extracontractual, de la regla general *alterum non laedere*.

Todavía quedaría por aplicar, según hemos dicho, el artículo 121 del Código Penal de 1995 en materia de responsabilidad civil derivada de delito, en cuya virtud las administraciones públicas en general, incluyendo el Estado, la comunidad autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando estos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos

---

<sup>508</sup> Vid. ampliamente sobre ello la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 25 de abril de 1994 y el comentario de LLAMAS POMBO, Eugenio, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 36, 1994, p. 1101 y ss.

o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria, añadiéndose, en el segundo párrafo de este precepto, que si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

Desde luego, sobre toda esta materia de responsabilidad sanitaria ha existido ya desde hace tiempo una nutrida doctrina jurisprudencial a la que me referiré a continuación en detalle, con especial mención de las últimas decisiones judiciales para que resulte bien útil en la práctica este texto. Es de destacar el importante peso de la mejor doctrina científica que se ha pronunciado sobre este tema, si bien es tan numerosa e importante que resultaría absolutamente imposible abordarla ahora con mínimo detalle y no es el objeto y finalidad principal de nuestra obra, que parte ya de la referida doctrina para centrarnos en la práctica ante los tribunales de Justicia, de manera lo más resumida posible señalando los aspectos más relevantes, habida cuenta de que somos conscientes de que cada uno de los epígrafes de este trabajo (como, por ejemplo, el resultado desproporcionado) darían, por sí solos, lugar a un completo volumen y hasta en varios tomos.

### **III. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO Y DEL TITULAR DEL CENTRO MÉDICO PRIVADO**

Me parece oportuno comenzar señalando que la pervivencia del requisito de la culpa, a pesar de las actuales tendencias a favor de la responsabilidad objetiva, se advierte en el ámbito de la responsabilidad civil de los profesionales en general, y en particular de los médicos, materia sobre la que hay abundante jurisprudencia. Se compadece perfectamente esta exigencia culpabilística con el hecho de que una nutrida doctrina jurisprudencial insiste en que, como regla general, la obligación del médico se considera de actividad, no de resultado, de modo que cumple con la misma siempre que lleve a cabo una actuación médica profesional que sea normal en el ámbito concreto de la especialidad de que, en cada caso, se trate. Como veremos a continuación, se distingue nítidamente entre las intervenciones en las que resulta imposible garantizar la eficacia del resultado –cuando se trata de cirugía curativa o medicina asistencial–, en las que se lleva a cabo, efectivamente, el oportuno tratamiento a una persona enferma, con un contrato de servicios médico, de aquellas otras en las que el paciente, en principio, está perfectamente sano y solo pretende alguna mejora de carácter físico, que, a su vez, puede repercutir emocionalmente –son aquellas intervenciones médicas no ineludibles y que



entran, a través de un contrato de obra, dentro de la llamada medicina satisfactiva o de cirugía estética, todo lo cual, como es lógico, plantea problemas probatorios frecuentemente ante los tribunales de Justicia—.

#### IV- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

De modo ordinario, se suele concertar con el médico un contrato de servicios, de forma expresa o tácita, de suerte que los posibles daños derivados del tratamiento o de la intervención quirúrgica de que se trate vienen derivados, desde luego, por el incumplimiento imputable, o el defectuoso cumplimiento, de un anterior contrato. Aquí resultan de aplicación, en cuanto a sus efectos, los artículos 1101 y siguientes del Código Civil español, si bien en la mayor parte de las ocasiones, ante la multiplicidad y enorme variedad de supuestos de hecho que se plantean en la práctica, los daños se consideran derivados de relaciones extracontractuales, aplicándose el artículo 1902, todo ello sin poner en cuestión en ningún momento su primigenio origen contractual, e, incluso, al margen del fundamento de la propia pretensión en uno u otro régimen, lo que, sin embargo, no resulta respetuoso con la nítida diferencia de nuestro legislador entre ambos, especialmente en los plazos de prescripción.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 12 de septiembre de 2007,<sup>509</sup> en un caso en que se concluye la responsabilidad del centro de salud por no haber puesto los medios necesarios a disposición del paciente, con todo, en su fundamento jurídico cuarto se examina el tercer motivo del recurso en que la recurrente parece denunciar la falta de culpabilidad porque no existe la mínima certeza probatoria en cuanto a la relación causal entre la muerte del esposo de la actora y la actuación del servicio, con lo que parece centrarlo en la infracción del artículo 1105 del Código Civil, que cita en el desarrollo argumental del motivo, junto con el artículo 1902 y siguientes y los artículos 1214 y 1253 del mismo texto, ante lo cual el Tribunal Supremo español desestima el motivo con el argumento de que acumula cita de preceptos heterogéneos, de orden fáctico y jurídico, que no permiten adivinar con absoluta claridad cuál es realmente la infracción que se aduce, lo que suele ser muy frecuente.

---

<sup>509</sup> *A continuación del texto que se reproduce arriba se añade que, en cualquier caso, la sentencia no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo y ello constituye el núcleo esencial de la lex artis de dicha entidad, que a la postre fue determinante de la posterior evolución del paciente, sin que esta relación de hechos que fundamentan el criterio de imputación haya sido combatida mediante la oportuna y adecuada formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de la que se considera infringida.*

Todo ello al margen del fundamento, contractual o no, de la pretensión del demandante, puesto que en muchas ocasiones, como en la sentencia del Tribunal Supremo español del 18 de febrero de 1997, se dice que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización solo en normas de responsabilidad extracontractual o de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas, de suerte que la *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico.

En igual sentido se parte en la sentencia del Tribunal Supremo español del 6 de mayo de 1998, de la denominada doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones y siempre que los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable, a juicio del Tribunal Supremo español en este caso, son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo da *mihi factum, dabo tibi ius*, aunque ya digo que no comparto tal punto de partida porque, a mi juicio, se trata de pretensiones jurídicas distintas con plazos de prescripción bien diferentes.

En efecto, como hemos adelantado, no cabe duda de que la más importante de las normas que rigen el devenir de los comportamientos humanos es ya desde tiempos inmemoriales la máxima de no causar daño a los demás, hasta el punto de que incluso los juristas romanos la incluyeron entre los tres grandes postulados del comportamiento social, los conocidos como conceptos de Ulpiano, junto al vivir honesto y al dar a cada uno lo suyo.

La sanción jurídica de la conducta lesiva responde a una elemental exigencia ética y constituye una verdadera constante histórica de modo que el autor de un daño responde de él, o lo que sería lo mismo, el autor de un daño está sujeto a responsabilidad. Sin embargo, el problema, en la práctica forense, es cómo se proyecta esta responsabilidad, puesto que se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a la víctima y, desde luego, con los textos legales que tenemos, no es lo mismo, al menos en cuanto al plazo de la acción, pretender reclamar al médico por la vulneración de las exigencias previstas en el contrato que recurrir al régimen de la responsabilidad extracontractual.

Efectivamente, no todos los comportamientos que provocan daños tienen o se presentan con la misma fisonomía ni se enmarcan en idénticas realidades sociales y muy especialmente si, como es nuestro caso, estamos tratando de responsabilidad médica. Muy al contrario, una sencilla reflexión, lo más alejada posible

de todo tecnicismo jurídico, nos permite la realización de una estructuración en dos grandes grupos, en dos conceptos básicos de actuaciones dañosas, que son los dos grandes tipos en que se divide siempre la responsabilidad en sede civil; de un lado, los que consisten en incumplir un pacto, que es lo que habitualmente existe al mediar un contrato entre el médico y el paciente; de otro, los que se producen en el desarrollo de cualesquiera actividades humanas, pero al margen de toda relación jurídica previa entre dañador y víctima, que, en nuestro caso, son el que presta el servicio médico y el paciente, que se pretende justificar extracontractualmente en la reparación de los daños derivados de la lesión de derechos que se configuran como absolutos, al tratarse de la salud, la integridad física o la vida misma.

En el primer caso, el deber de indemnizar deriva de otro deber, el de cumplir, que ha sido infringido. Un contrato, por ejemplo, engendra obligaciones para todos o algunos de los contratantes. Si uno de ellos incumple aquellas prestaciones que le corresponderían o las presta pero de forma defectuosa o extemporáneamente, quedará obligado a indemnizar a los demás los daños y perjuicios que ocasionalmente les hubiera ocasionado. Hablamos evidentemente de la responsabilidad contractual derivada de la previa existencia de un contrato entre médico y paciente.

En el segundo caso, la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infringido las normas generales de respeto a los demás. Ejemplos hay interminables en nuestro día a día.<sup>510</sup> Esta infinidad de supuestos, que estimularía la imaginación de cualquiera, engendra la llamada –para diferenciarla de la otra– responsabilidad extracontractual, también denominada, en expresión tan poco clara como habitual, responsabilidad civil, que, como hemos dicho, se ubica en nuestro caso en la lesión de derechos de condición y carácter absolutos, al tratarse de la salud o de la propia vida.

No han faltado voces en desacuerdo con esta distinción sobre la base de que esta diferencia se basa en condicionantes puramente históricos, y que de lo que en ambos casos se trata es de reparar el daño que la conducta jurídica del obligado causó en el patrimonio ajeno, con independencia de las circunstancias que a ese daño rodearon y abogan por la construcción de una teoría unitaria de la responsabilidad.

Lo que es evidente es que, aunque como construcción teórica y abstracta esta teoría unificadora es muy defendible, nuestra ley por ahora les atribuye un trato diferente al hecho de incumplir un pacto y al de ocasionar un daño al margen de una relación jurídica previa, siendo la consecuencia más importante de esta distinción la que se deriva de la institución de la prescripción extintiva, donde se establece que las acciones derivadas de los contratos prescriben a los quince

---

<sup>510</sup> Así, el conductor que atropella a un paseante provocándole lesiones. O el empresario que causa daños a animales que pastan en terrenos colindantes con su fábrica como consecuencia de emanaciones de un gas tóxico. O incluso el que deja abierto por descuido el conducto del gas provocando una explosión con sus evidentes daños en todos los demás pisos del edificio.

años, mientras que la acción nacida del daño extracontractual prescribe por el transcurso de un año.

Es cierto que son muy abundantes los casos que llamaríamos puros, es decir, aquellos en los que para llevar a cabo la calificación bastaría con determinar la existencia o inexistencia de relación jurídica previa entre dañador y víctima, o, en nuestro caso, entre médico y paciente; pero no faltan los supuestos en que esta diferenciación no es tan sencilla<sup>511</sup>, incluso con la nueva variante de la responsabilidad de la administración.

Sobre todo ello resulta muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 28 de junio de 1997, donde se constata que el proceso que refiere al recurso de casación que da lugar a dicha sentencia se ha venido sustanciando (en sus dos instancias), por así haberlo encauzado las partes en sus respectivos escritos rectores (demanda y contestación), y ha sido resuelto, como un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual, por lo que se llama la atención que, por los preceptos que invoca como supuestamente infringidos, el recurrente plantee ante el Supremo su tesis impugnatoria bajo la perspectiva de la culpa contractual, puesto que se considera que si bien es cierto que el fallecido contrató directa y personalmente los servicios del cirujano para que le hiciera la operación de cirugía estética o *lifting* (estiramiento de la piel del rostro y eliminación de la papada), lo que hace encajar este supuesto, en lo que respecta exclusivamente a dicho cirujano, en el ámbito de las relaciones contractuales, también lo es que no consta que hubiera concertado contrato alguno con el anestesista, ni con el intensivista, y, como contra estos, los demandantes (hijos del fallecido) también han dirigido su pretensión resarcitoria, la posible responsabilidad de los mismos (aunque luego denegada por las sentencias de la instancia) es más bien de índole extracontractual.

A juicio del Tribunal Supremo español, tal planteamiento, bastante frecuente, entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual), que no impide que los motivos integradores del recurso en cuestión puedan ser examinados bajo la perspectiva impugnatoria que contienen, como inserta en el ámbito de la culpa contractual, ya que es doctrina de la Sala de lo Civil la de que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da

---

<sup>511</sup> *Por ejemplo, el famoso caso británico en el que una dama es invitada en una cervecería; al beber en un vaso de color oscuro advierte horrorizada que se ha tragado los restos descompuestos de un gran caracol. La mujer enferma a causa de ello reclama la indemnización. Aquí no es nada fácil decidir de qué clase será la consecuyente indemnización. ¿Cómo decidimos de qué clase será esta? Por un lado, la dama estaba invitada. Por otro, el dueño de la cervecería no puede saber lo que contenía la botella que era oscura. La fábrica no había contratado con la señora ni con su acompañante. Y me gustaría añadir a mí; ¿qué ocurriría si esta cervecería fuera un ente público? ¿Qué ocurriría si fuera la propia Administración la que causa el daño en que se plantea el tema de la responsabilidad de la Administración a que nos referimos en el texto?*

lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible.

## V. REQUISITO DE CULPA

La sentencia ya aludida de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 24 de noviembre de 2005, en un caso en que no se ha probado la negligente actuación imputable al médico al decidir intervenir quirúrgicamente al demandante, recuerda que dicha Sala, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, ha descartado toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios. De esa forma, a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación en virtud del artículo 1902 del Código Civil español, se basa, como no podía ser de otra forma, en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo –*lex artis ad hoc*–, todo ello con amparo en una reiterada jurisprudencia.<sup>512</sup>

Así pues, en el ámbito propio del derecho civil, la responsabilidad del personal médico-sanitario, sea del tipo que sea (contractual o extracontractual), ha de fundamentarse en un reproche culpabilístico, de acuerdo con las normas expuestas

---

<sup>512</sup> En esta sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 24 de noviembre de 2005 se citan, en apoyo del texto que se reproduce arriba, las sentencias del Tribunal Supremo español del 15 de febrero de 1995; 23 de marzo de 2001; 4 de febrero de 2002; 23 de septiembre de 2004, añadiéndose a continuación de dicho argumento que es la razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (sentencias del Tribunal Supremo español del 26 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (sentencias del Tribunal Supremo español del 20 y 23 de marzo de 2001), al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (sentencias del Tribunal Supremo español de 13 de julio de 1987).

anteriormente. Esto ocurre porque en la práctica de la medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva, que, en último término, supondría una carga tan grande para los médicos y resto del personal sanitario que les llevaría a ejercer un tipo de medicina defensiva que terminaría perjudicando al paciente en último término.

Dicha doctrina, como hemos adelantado, no presenta grandes diferencias respecto del resto de los países de nuestro entorno, pues todavía se mantiene la culpa como título de imputación de daños, de acuerdo con lo preceptuado en el Código Civil español, si se trata de hacer responsable a la persona física que ejerce la medicina, y a consecuencia del acto médico en sí mismo considerado lo que se sustituye, no sin reservas, por el concepto de riesgo, que el paciente no tiene obligación legal de soportar, si de lo que se trata es de la responsabilidad de la persona jurídica titular del centro médico, sobre todo si este es público, y, en general, de los servicios sanitarios en su más amplio sentido.

Todo ello, como hemos adelantado, partiendo, como se dice en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 6 de mayo de 1998, de la denominada doctrina de la unidad de culpa civil, que permite –sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados–, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en dicha sentencia, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones (la de responsabilidad contractual y la extracontractual), admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable, a juicio del Tribunal Supremo español en este caso, son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 11 de abril de 2002<sup>513</sup>, se considera que es hecho demostrado que el paciente carecía de hepatitis, sufrió transfusiones y apareció la enfermedad, de lo que se deduce, con enlace preciso y directo, que la hepatitis tuvo por causa aquellas transfusiones, por lo cual aprecia nexo causal entre estas y la enfermedad. De allí deriva

---

<sup>513</sup> En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 11 de abril de 2002 se trataba de un contagio de hepatitis como consecuencia de transfusiones de sangre practicadas en un centro del Instituto Nacional de la Salud, con estimación de la acción de responsabilidad civil en un caso en que el demandante ingresó en el centro hospitalario La Paz, de Madrid, dependiente de la Seguridad Social, por razón de un accidente de tráfico en que le fueron aplicadas trece transfusiones de sangre y en que, por efecto de las mismas, se le produjo una hepatitis vírica postransfusional. Un año y medio después, es determinada como hepatitis crónica, con probabilidad de degenerar en cirrosis. La demanda, en la cual se reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios padecidos, se dirige contra el Hospital de la Seguridad Social La Paz (del que desistió en el acto de la comparecencia previa), el Instituto Nacional de la Salud y el Ministerio de Sanidad y Consumo. El juez de primera instancia estima la demanda contra el Insalud, absolviendo de la misma al Ministerio de Sanidad y Consumo. Esta sentencia es confirmada en apelación y en casación.

la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse este, no se habría producido el daño con cita de reiterada jurisprudencia de dicha Sala<sup>514</sup>, donde se concluye que la interpretación progresiva del artículo 1902 del Código Civil español que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo<sup>515</sup> yendo a soluciones cuasiobjetivas<sup>516</sup> o llegando a la objetivación<sup>517</sup> sobre todo lo cual se pronuncia en idéntico sentido la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 10 de junio de 2004, también en un caso de infección de hepatitis y en que se concluye la responsabilidad del centro médico pero no del médico, todo lo cual debe ser situado en sus justos términos en casos de resultado desproporcionado.

En efecto, frente a estas declaraciones de estilo, la correcta dirección interpretativa de la responsabilidad civil médica al amparo del artículo 1902 del Código Civil español se mantiene en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español 843/2008, del 17 de septiembre, donde, partiendo de que la obligación del médico es de medios y no de resultado<sup>518</sup>, se considera que ha incumplido la *lex artis* en un caso de paciente con una afección rara o poco común<sup>519</sup>, señalando el Supremo que el mero índice estadístico de complicaciones derivadas de la intervención no permite concluir que cualquier consecuencia dañosa sea jurídicamente exonerable por encontrarse dentro del porcentaje racional de riesgo, ya

---

<sup>514</sup> Se ampara de modo específico para justificar el razonamiento que se reproduce en el texto en las sentencias del 14 de junio de 1984 hasta las más recientes del 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21 de enero de 2000, 9 de octubre de 2000 y 24 de enero de 2002.

<sup>515</sup> En concreto, se razona en este punto que la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño con amparo en las sentencias de la Sala de lo Civil del mismo Tribunal Supremo español del 5 de diciembre de 1995, 8 de octubre de 1996, 12 de julio de 1999 y 21 de marzo de 2000.

<sup>516</sup> Así se exige un "reproche culpabilístico", aunque sea mínimo, en las sentencias de la misma Sala de lo Civil del Supremo del 11 de mayo de 1996, 24 de abril de 1997, 30 de junio de 1998, 18 de marzo de 1999.

<sup>517</sup> De modo específico se refiere a esta mención a la objetivación al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño de acuerdo con las sentencias del 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21 de enero de 2000, 9 de octubre de 2000.

<sup>518</sup> En concreto, se reitera que el médico asume una obligación de medios y como tal se compromete no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar estas técnicas con el cuidado y precisión exigibles de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención (STS del 18 diciembre de 2006). Es, en definitiva, lo que se conoce como la *lex artis* aplicable a un determinado caso para obtener de una forma diligente la curación del enfermo, y a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente. Esta obligación ha sido incumplida y ha sido determinante del daño padecido por la actora, como resulta de los hechos que han sido puestos de manifiesto en la sentencia, y que no ha sido desvirtuado en legal forma. Corresponde sentar que no cabe en este recurso la revisión de los hechos que la senten-

que la estadística no discrimina la proporción que, dentro de ese porcentaje, es en realidad imputable, como en el caso, a una deficiente actuación médica.

Entre las últimas, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 4 de julio de 2007<sup>520</sup> es muy clara acerca de los requisitos de la responsabilidad del médico, especialmente el nexo causal y la culpa, considerándose que la relación está constituida correctamente por el carácter solidario de la responsabilidad que se reclama y porque concurren todos los requisitos para exigirle responsabilidad al demandado, tras lo cual se enumeran los mismos, consistentes en una acción u omisión ilícita, la realidad y constatación de un daño causado y un nexo causal entre ambos requisitos.

Todo ello, como hemos adelantado, al margen del fundamento –contractual o no–, de la pretensión del demandante, puesto que, como dice la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 18 de febrero de 1997, sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización solo en normas de responsabilidad extracontractual o contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si

*cia de instancia declaró probados, por ser misión casacional la calificación jurídica de los mismos y la aplicación adecuada de las normas. Esta Sala ha de limitarse a la revisión del juicio de valor sobre la culpa y solo de modo restringido a la relación de causalidad entre acción u omisión y daño, respetando siempre las declaraciones puramente de hecho sobre naturaleza y circunstancias de la acción u omisión, así como la realidad y cuantía del daño causado (sentencias del 31 de enero de 1997; 26 de febrero de 1998; 4 de junio de 2001; 21 de febrero de 2002; 17 de abril de 2007), tras lo cual se concluye que la Sala de Apelación, previo análisis de la prueba pericial practicada, deja claro que la complicación surgida era previsible y por tanto evitable, como elemento esencial de la culpa extracontractual, aunque estadísticamente de frecuencia no elevada, y que se estaba, por tanto, dentro de los riesgos a evaluar, imputándoles no haber efectuado el legrado de forma correcta, sin haber dado lugar a la interrupción al comprobar que se había producido una perforación, y no haber puesto en juego y agotado todas las posibilidades que la ciencia y la técnica en aquellos momentos tenían a su disposición para la adecuada prestación del servicio a la paciente, conducta que vincula causalmente el daño, de tal forma que concurren todos los elementos exigidos para considerar adecuada la calificación jurídica que permite imputar culpa por negligencia.*

<sup>519</sup> *La mujer había sido diagnosticada de síndrome de Asherman, que es una enfermedad ginecológica que se caracteriza por la presencia de sinequias (adherencias) intrauterinas y se presenta en mujeres que se han sometido a algunos procedimientos de dilatación y legrado.*

<sup>520</sup> *Esta sentencia, a la que nos referiremos con más detalle al analizar la competencia jurisdiccional del orden civil o del contencioso-administrativo, versa sobre un diagnóstico equivocado y sencillo y como consecuencia un actuar tardío y culposo causalmente vinculado al daño consistente en la pérdida de visión total de un ojo de una señora sordomuda y con una situación de ansiedad a causa del stress provocado, interponiendo demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el médico, que fue estimada parcialmente en primera instancia, cuya sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial precisamente por la excepción de incompetencia de jurisdicción, ante cuya sentencia fue interpuesto recurso de casación apoyándose en que la pérdida de visión de un ojo tiene mayor entidad para una persona sordomuda que posee una minusvalía del 69%, y además, la situación de ansiedad a causa del stress provocada por la pérdida de visión y en consecuencia la ingesta de ansiolíticos y antidepresivos por prescripción facultativa, lo que dio lugar a la sentencia del Supremo a que aludimos en el texto.*



funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas, de suerte que la *causa petendi* se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. Sobre todo esto, quiero manifestar de nuevo mi discrepancia a tenor del vigente artículo 218/1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que solo permite cambiar la fundamentación jurídica, que ahora aparece integrada en la *causa petendi* de modo restrictivo, cuando dice que “el Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”.<sup>521</sup>

## VI. OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD

El punto de partida del Tribunal Supremo español en este ámbito, como hemos dicho, es el habitual de que la obligación de los médicos es de actividad, no de resultado, razonando que la obligación del médico no es obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo (curarlo), sino hacer lo posible para aliviar o eliminar la enfermedad, o más exactamente, proporcionarle los cuidados que requiera según el estado de la ciencia. El médico, pues, no está obligado a alcanzar un resultado enteramente positivo, pero sí debe actuar siempre conforme a la *lex artis*, es decir, según una actuación profesional que sea normal en la especialidad de que se trate.<sup>522</sup>

Al respecto, al margen de lo ya visto, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 16 de enero de 2008<sup>523</sup> se especifica: “La *lex artis* exige-

---

<sup>521</sup> Sobre el particular, ampliamente se pronuncia Clara I. Asúa González, en FERNANDO REGLERO CAMPOS, L. *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, parte especial primera, p. 730, así como en “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, en *Diario Sanitario*, enero-junio 2001, número 1, p. 35 y ss.

<sup>522</sup> Así, en la sentencia del 23 de septiembre de 2004 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, se concluye la responsabilidad médica por actuación negligente en diagnóstico que provoca la muerte del paciente, razonándose que se trata de una obligación de medios y subjetiva y no de resultados y objetiva, declarándose procedente la responsabilidad ante la falta de práctica de las pruebas necesarias para establecer un correcto diagnóstico para detectar un tumor en mama que causó la muerte del paciente, de suerte que el comportamiento negligente del facultativo se considera contrario a la *lex artis* aplicable al caso.

<sup>523</sup> En el caso, el motivo único del recurso de casación se formula por infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil español e interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial que ha establecido y desarrollado la denominada *lex artis ad hoc*. El motivo se desestima por su propia formulación, y es evidente que no se denuncia en el motivo error de derecho en la apreciación de -

ble a toda la actividad médica no es más que un criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico o presupuesto ad hoc ejecutado por el profesional de la medicina” (que es lo que a la postre individualiza dicha *lex artis*), tras lo que se añade que el médico asume una obligación de medios y como tal se compromete no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar tales técnicas con el cuidado y precisión exigibles de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención<sup>524</sup>, siendo, por lo demás, un elemento esencial de dicha *lex artis* la información como se concluye en las sentencias, ambas de 2008, de la misma Sala de lo Civil del Supremo del 18 de junio.

En tal sentido, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 4 de junio de 2001, se declara que la obligación del médico anestesista es de medios y no de resultado, de suerte que –pese a alguna sentencia aislada que invierte en su contra la carga de la prueba, como la del 12 de diciembre de 1998–, resulta siempre exigible, como presupuesto indispensable de su obligación de indemnizar, la prueba de su culpa o negligencia.

Como hemos adelantado, y reiteraremos más adelante, se parte de que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato –que, precisamente, es de prestación de servicios–, como si deriva de una relación extracontractual (aunque, en rigor, no es propio de esta la previa existencia de una obligación), es una obligación de actividad o, si se quiere, de medios, pero no de resultado, según una nutrida jurisprudencia, de la que resultan excepcionales aquellos casos en que, como también veremos, la actividad médica se deriva de un contrato de obra, que sucede en determinadas especialidades, como cirugía estética, odontología, odon-

---

*la prueba, con cita del precepto legal probatorio que se estima infringido, siendo así que como tal criterio valorativo la solución del problema se desplaza a una simple cuestión de prueba sobre la existencia o no de una actuación médica adecuada a las peculiaridades propias de la intervención realizada, determinante del fallecimiento de la paciente. Lo que hace realmente es prescindir de los hechos acreditados y tratar de someter las pruebas a una nueva valoración de los resultados a los que llegan los médicos forenses, lo que no es posible en casación. La sentencia declara probado que el fallecimiento de doña Montserrat tuvo como causa inmediata una lesión esofágica, que fue la causa de la mediastitis, y esta a su vez de sepsis, y que la actuación del demandado se ajustó a la *lex artis* puesto que el tiempo transcurrido desde que sospechó que existiese una comunicación entre el esófago y la tráquea hasta que se practicó la prueba del tránsito esofágico o TAS, fue correcto a tenor de las pruebas practicadas, y esa corrección comprende tanto la fase previa del diagnóstico, como la posterior de las pruebas efectuadas para confirmarlo, y con estos datos no es posible sostener que hubo negligencia profesional de la que pueda derivarse la responsabilidad que se demanda.*

<sup>524</sup> En esta sentencia, para fundamentar tal conclusión acerca de dicha obligación de medios, se cita la conclusión, que se reproduce en el texto de la sentencia, también de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 18 de diciembre de 2006, añadiendo que es, en definitiva, lo que se conoce como la *lex artis* aplicable a un determinado caso para obtener de una forma diligente la curación del enfermo, y a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente.

toestomalogía (al menos en ciertos casos), analíticas clínicas<sup>525</sup>, o incluso, aunque es más discutible, vasectomía, acerca de todo lo cual profundizaremos después.

La verdadera finalidad práctica de la distinción está, en la práctica, ante los tribunales de Justicia, no tanto en la determinación previa del tipo de obligación, lo cual no resulta siempre sencillo en un ámbito tan específico y técnico en el sector de la profesión médica, sino en la aportación conveniente de las debidas pruebas que hagan llegar al juzgador al convencimiento de que estamos ante una obligación de medios o de resultado, en función de quien sea la parte que lo aduce, puesto que el paciente tratará siempre de partir de la excepcional consideración en el caso de una obligación de resultado y probar el consiguiente incumplimiento –objetivo, sin que importe la negligencia– e imputárselo a la actividad médica, frente a lo cual el letrado del médico solo podrá demostrar la ruptura del nexo causal.

Lo cierto es que en la mayor parte de las decisiones judiciales, como hemos dicho, en intervenciones médicas ante un organismo enfermo, se toma como punto de partida la obligación médica de medios de prestar una actividad diligente de modo que el debate se circunscribe a la prueba del tipo de actividad desplegada en el ejercicio profesional médico, correspondiendo al paciente probar el incumplimiento imputable al médico sobre la base de su negligente actuación, mientras que el letrado de este solo podrá liberar a su cliente demostrando el efectivo cumplimiento de la obligación asumida de modo diligente y con ausencia de cualquier tipo de culpa.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 28 de diciembre de 1998<sup>526</sup>, en un caso en que se alega ante la alegación de infracción de los

---

<sup>525</sup> *Respecto de las analíticas clínicas, en radiología, parece, en principio, como punto de partida, bastante razonable la exigencia al profesional sanitario de un comportamiento profesional derivado de una obligación de resultado en el sentido de que las pruebas en cuestión, consistentes en las placas radiológicas, con fines diagnósticos, no se encuentran supeditadas a fenómenos o circunstancias biológicas incontrolables de suerte que el profesional parece que queda obligado a obtener el resultado correspondiente a los medios utilizados o exigidos a consecuencia de haber practicado correctamente las radiografías y a hacer un diagnóstico radiológico conveniente desde el punto de vista técnico-científico, todo ello al margen de que pueda ser discrepante o no coincidente con otro diagnóstico clínico posterior.*

<sup>526</sup> *El demandante padecía de prostatismo; le es diagnosticado un adenoma de próstata, tras lo que se sometió a una intervención quirúrgica consistente en una adenomectomía retropúbica que se realizó mediante la técnica transvesical; al poco tiempo de darse de alta el mismo día de la operación y al haberse instalado en el paciente una intensísima polaquiuria y apreciándose que la loge prostática se hallaba calcificada, se le somete a una segunda operación, sin que conste quién llevó a cabo esa intervención, y posteriormente comenzó a sentir síntomas de impotencia, así como una elevada incontinencia urinaria, por lo que en diversas fechas durante quince años acudió a diversos centros sanitarios públicos y privados. La Sala de instancia llega a formar su convicción acerca del actuar del cirujano demandado en su intervención quirúrgica al demandante y sobre la falta de “conexión física” entre esa actuación médica y los problemas de impotencia e incontinencia que sufre el recurrente en casación a través de la apreciación y valoración de las pruebas directas aportadas a las actuaciones, especialmente de los informes periciales, pruebas de singular relevancia en estas cuestiones.*

artículos 1101 y 1104 del Código Civil español por considerar que la actuación del médico demandado adoleció de la diligencia debida a las circunstancias, ocasionando la ablación de toda la próstata, que no era necesaria ni conveniente, un resultado lesivo para la integridad del paciente, recuerda que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil tiene reiteradamente declarado que la obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, estando obligado solamente a proporcionar al enfermo todos los cuidados que este requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc*.

Se añade, frente a la jurisprudencia mencionada antes por la sentencia del Tribunal Supremo español del 11 de abril de 2002, que en la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, admitida para otros supuestos; corriendo finalmente a cargo del demandante la carga de la prueba de la existencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre esta y el resultado dañoso, de suerte que se rechaza la pretendida responsabilidad al haberse declarado por la sentencia recurrida que la indicación quirúrgica era adecuada, la técnica empleada correcta y que no se ha demostrado la conexión física entre la actuación médica y los problemas de impotencia e incontinencia, que pueden producirse, como propios de tales enfermedades e intervenciones, aun perfectamente realizadas, sin que tales declaraciones fácticas resulten desvirtuadas en el recurso.<sup>527</sup>

Con el mismo planteamiento, y amplia información, en la sentencia de la Sala de lo Civil del 10 de junio de 2008, después de partir de que la obligación del médico

---

<sup>527</sup> En el motivo segundo se dice que no se ha dado por el juzgador de instancia su verdadero significado al término “erróneo” que aparece en el documento, en el que al describirse la técnica quirúrgica seguida por el médico demandado se dice: “Al hacer la disección digital se entra en plano erróneo obteniéndose toda la próstata y debiéndose de ligar los dos vesículos seminales que emergen”. La lectura del fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida pone de manifiesto que la Sala de apelación no ha hecho una interpretación torcida o equivocada de dicho documento, sino ajustada a la terminología propia de la ciencia médica como ponen de relieve los informes periciales emitidos, en que el perito, preguntado sobre qué significado pueda tener en el argot médico quirúrgico la expresión “se entra en plano erróneo” al efectuar la disección digital, en una adenomectomía por vía transseccional, contesta que “la próstata hiperplasiada se extrae habitualmente a través del plano de clivaje que existe entre esta y la cápsula prostática. No resulta nada excepcional que en el transcurso de esta intervención no se encuentre este plano de clivaje por adherencias entre la próstata y la cápsula por procesos inflamatorios previos y se produzca un desgarro a cualquier nivel”. El proseguir o iniciar la disección por un lugar diferente al plano de clivaje correspondería la expresión “se entra en plano erróneo”. En parecidos términos se manifiesta el informe emitido por la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad Autónoma de Barcelona, que considera la actuación del médico demandado dentro “de los parámetros de normopraxis”. A través del motivo, lo que se está haciendo es impugnar la valoración de la prueba pericial por la Sala de instancia y ello por vía inadecuada. Por todo ello, se desestima el motivo.

y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener, en todo caso, la curación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc*, de suerte que en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento<sup>528</sup>, concluye descartando la responsabilidad objetiva<sup>529</sup>, que en el caso los médicos intervinientes no estaban obligados a demostrar que el fallecimiento no fue debido a su negligencia, siendo que el paciente, al ser adicto al consumo de drogas tóxicas, se hallaba en una situación especial de riesgo de fallecimiento por trombosis y que la asistencia prestada fue conforme a la *lex artis*.<sup>530</sup>

---

<sup>528</sup> En general, se recuerda que la obligación del médico y del personal sanitario no es la de obtener en todo caso la curación del paciente, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la *lex artis ad hoc* [reglas del oficio adecuadas al caso] tal y como se concluye en la sentencia del 24 de marzo de 2005 (rec. 4088/1998), añadiéndose que en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento de modo que solo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad según se concluye en la sentencia del 15 de febrero de 2006 .

<sup>529</sup> Se dice en esta sentencia que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC ), tras lo que se señala que el criterio de imputación del art. 1902 CC se funda en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, según se dice en la sentencia del 24 de noviembre de 2005, y que, especialmente en los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria, se modula la valoración del elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado, de suerte que, en virtud del principio de agilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que se produjo el daño si se presenta un resultado dañoso generado en la esfera de acción del demandado de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, dado que entonces el enjuiciamiento de la conducta del agente debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recae sobre el que causa un daño no previsto ni explicable en su esfera de actuación profesional, como concluyen las sentencias del 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007.

<sup>530</sup> Con arreglo a la doctrina señalada en el texto, se concluye que no son aceptables las argumentaciones del recurso que van encaminadas a defender una concepción objetiva de la responsabilidad médica, o a sostener que los médicos intervinientes estaban obligados a demostrar que el fallecimiento no fue debido a su negligencia, cuando la sentencia proclama que el paciente, como adicto al consumo de drogas tóxicas, se hallaba en una situación especial de riesgo de fallecimiento por trombosis y que la asistencia prestada fue conforme a la *lex artis*.

## VII. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Partiendo de estas premisas, de tratarse de una obligación de actividad la de los médicos, multitud de sentencias del Tribunal Supremo español han rechazado –aunque no sin excepciones–, la inversión de la carga de la prueba de la culpa en casos de responsabilidad médica, de modo que no es el médico precisamente quien tiene que demostrar que actuó con diligencia o de modo ausente de negligencia. Como dije, esto no ocurre siempre, pues en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 15 de septiembre de 2003,<sup>531</sup> el Tribunal Supremo entiende que, en este caso, procede la inversión de la carga probatoria, debiendo ser el facultativo quien deba probar que actuó adecuadamente, de suerte que, al no acreditarse por este la actuación diligente con adopción de todas las medidas debidas en la intervención realizada, ha de ser considerado responsable del daño causado al ser culpable del mismo, y de ahí que sea procedente la reclamación efectuada.<sup>532</sup>

En efecto, a diferencia de las reclamaciones en otros ámbitos últimamente, aquí, ante la responsabilidad médica, la inversión de la carga de la prueba es realmente excepcional, exigiendo previamente el “resultado desproporcionado” en términos que después veremos, señalándose en la sentencia de la Sala de lo Civil del 2 de diciembre de 1996 que solo cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba. Tras todo esto, se añade que aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando este, comparativamente, es

---

<sup>531</sup> *En la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 15 de septiembre de 2003, como excepción, se estima el recurso de casación interpuesto por un paciente que, a consecuencia de una dolencia, acudió al hospital en el cual se le intervino para sanarla, sufriendo una lesión parcial del nervio espinal en su parte distal. Se acredita tanto el daño como la relación de causalidad, pero la resolución recurrida decretó la no existencia de responsabilidad, al no probarse la culpa del médico. Sin embargo, el Tribunal Supremo español entiende que, en este caso, procede la inversión de la carga probatoria como se dice en el texto, debiendo ser el facultativo el que deba acreditar que actuó adecuadamente, dado su posición en este ámbito que le faculta para ello.*

<sup>532</sup> *En esta sentencia de 15 de septiembre de 2003, además del facultativo, también serán responsables solidarios del pago de la indemnización el Instituto Nacional de la Salud, Insalud y una determinada entidad de seguros, pues el primero es responsable en virtud del contenido del artículo 1903.4 del Código Civil español, que establece una responsabilidad objetiva y directa por actos de otro del que deba responder, como ocurre en este caso para la Administración, por la condición del médico, y, en el caso de la aseguradora, por la acción directa que se ha ejecutado contra esta al amparo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros.*

desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Ahora bien, ello es excepcional y, así, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 4 de junio de 1996<sup>533</sup> se declaró que incumbía al paciente la carga de la prueba, no operando la inversión de la misma, ante un recurso de casación que dimanaba de un juicio de menor cuantía promovido contra un médico anestesista por la hija de un paciente que, tras ser intervenido para implantarle una prótesis de cadera izquierda, sufrió paralización de la pierna derecha y de los esfínteres y murió ciento catorce días después de la intervención. La demandante atribuye la lesión medular sufrida por su padre a una defectuosa administración de la anestesia epidural y su posterior fallecimiento a una tromboembolia pulmonar causada por la inmovilidad, todo lo cual fue considerado en primera instancia y por la audiencia como caso fortuito.<sup>534</sup>

En esta sentencia se analiza la relación de causalidad o nexo causal entre la actuación del facultativo –anestesista en este supuesto– y el daño efectivamente producido, lo que no se había estimado por la sentencia recaída en apelación a

---

<sup>533</sup> *Se presentó demanda, solicitando se dictara sentencia por la que se declarara y condenara al médico demandado a indemnizar a los herederos del fallecido de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de su muerte y subsidiariamente de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de las lesiones y secuelas padecidas en la cantidad de diecisiete millones, que en primera instancia se desestimó, al no resultar probados los hechos objeto de la misma, lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial de Salamanca. Interpuesto recurso de casación, fundado, entre otros, en infracción del artículo 1902 del Código Civil español, así como del 1105 del citado corpus legal, el Tribunal Supremo español estimó el recurso*

<sup>534</sup> *La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por ser inaplicable al caso de la teoría del riesgo, resultar indicada la intervención, fundarse la prueba de la relación causal entre intervención y daño en “meras presunciones, basadas en criterios de exclusión y no de afirmación”, no tener “prueba de que la intervención se realizara de forma incorrecta o negligente”, y, en fin, tratarse “de una situación de caso fortuito que la propia intervención conlleva”. Interpuesto recurso de apelación por la demandante, el Tribunal de segunda instancia lo desestimó, confirmando el fallo absolutorio, por no resultar avaladas las pretensiones de la demanda por ninguna de las pruebas obrantes en autos, aludiéndose a “informes periciales en particular el emitido por un catedrático de neurocirugía”. Más concretamente, dicho Tribunal descartó cualquier nexo causal entre la muerte del paciente y la raquíanestesia administrada durante su intervención; pero en cuanto a las lesiones y secuelas, monoplejía del paciente y paralización de esfínteres, el Tribunal entendió que “sobre la base de los informes periciales reiterados y obrantes en autos, y aun admitiendo la mera probabilidad de la mediación de una relación etiológica entre la práctica anestésica y el daño”, el supuesto no reunía el resto de los elementos conformadores del ilícito extracontractual según el artículo 1902 del Código Civil español por falta de imputabilidad objetiva y subjetiva, ya que la técnica anestésica era la indicada y se había aplicado “con ortodoxia y con la diligencia exigible”, no conteniendo dicho precepto un régimen de responsabilidad objetiva, por todo lo cual tenía que atribuirse el resultado a un “riesgo natural o inherente a la actividad”, “social e individualmente aceptable” que, además, en el caso enjuiciado estaba “acrecido no ya por la edad del paciente, sino por su estado de salud”.*

pesar de que el daño era gravísimo hasta el punto de desembocar, como se dijo, en la muerte del paciente, señalándose por el Tribunal Supremo español que lo que se combate es el juicio de valor del tribunal de instancia sobre la falta de culpa o negligencia del demandado y, en cierto modo, las dudas que el mismo Tribunal manifiesta en orden al nexo causal entre anestesia epidural y daño o lesiones del paciente.<sup>535</sup>

No cabe hablar siquiera de caso fortuito en el supuesto enjuiciado por esta sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 4 de junio de 1996, cuando declara que “abordando ahora la revisión del juicio de valor sobre la culpa o negligencia del médico anestesista demandado, debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta Sala que, partiendo del carácter de obligación de medios y no de resultados de la medicina curativa, descarta cualquier objetivación de la responsabilidad y también, aunque no sin excepciones en algunas recientes sentencias, la inversión de la carga de la prueba y así podría sostenerse que el juicio de valor del Tribunal de apelación, a la vista de las aclaraciones del perito al ratificar su informe, se corresponde con la doctrina de esta Sala”.<sup>536</sup>

---

<sup>535</sup> Se añade que ambos extremos que se citan en el texto pueden revisarse en casación según reiterada doctrina de la Sala de lo Civil del Supremo, mientras que la recurrente, en cambio, se aquieta con la conclusión del Tribunal de segunda instancia que descarta el nexo causal entre la intervención y la muerte del paciente meses después, según manifiesta explícitamente dicha parte, de suerte que el Supremo se limita a examinar si la sentencia recurrida ha infringido o no los preceptos citados al enjuiciar la pretensión indemnizatoria por las lesiones y secuelas del padre de la demandante.

<sup>536</sup> Para la prueba pericial practicada en los autos se nombró un solo perito por acuerdo de ambas partes, que, en el punto relativo a la técnica anestésica aplicada, tras señalar ciertas contradicciones en la documentación examinada, concluye que consistió en una anestesia combinada por raquianestesia y, aprovechando la vía, colocación de un catéter epidural para controlar el dolor postoperatorio, considerando poco probable que, pese a lo que se dice en alguno de aquellos documentos, se aplicase además al paciente una narcosis general, considerando adecuada dicha técnica, como igualmente lo habría sido una narcosis o anestesia general y una combinación entre ambas. Respecto de la mielorradiculopatía o lesión medular que sufrió el paciente, el perito afirma su relación causal con la anestesia raquídea al cumplirse los cinco criterios: topográfico, cronológico, de continuidad, de intensidad y de exclusión, por lo que la lesión medular afirmada en el informe del Instituto Nacional de Toxicología tan solo podía deberse a un mecanismo compresivo ocasionado por un hematoma epidural, al tener que descartarse un origen vascular, inflamatorio o tóxico, mientras que en lo referente a la anestesia raquídea como técnica anestésica regional, consistente en inyectar un anestésico local en el líquido cefalorraquídeo, el perito afirma la facilidad de la punción del saco dural en la zona lumbar baja, señalando concretamente la zona entre L.2 y L.4 como la más aconsejable para la punción. Como índice estadístico de complicación, cuando se aplica la referida técnica el perito señala el de seis casos de parálisis residual por cada mil doscientas anestésias raquídeas. En cuanto a la detección inmediata de la complicación, el perito considera que habría podido lograrse el diagnóstico de urgencia inmediata mediante una tomografía axial computarizada. Finalmente, en su comparecencia ante el juez para ratificar su informe y respondiendo a preguntas del letrado del médico anestesista demandado, el perito manifestó que la mielorradiculopatía no era consecuencia de una mala praxis médica, que la anestesia se ajustó a la praxis médica y que la lesión del paciente podía entrar dentro del caso fortuito como factor de riesgo del 0,5%.



Por seguir en el mismo ámbito profesional de los anestesiistas, dentro de esas excepciones citadas acerca de la inversión de la carga de la prueba, precisamente la sentencia del Tribunal Supremo español de la Sala de lo Civil del 12 de diciembre de 1998 invierte la carga de la prueba en contra del anestesiista, pero justamente en virtud del resultado desproporcionado en un caso en que se produjo una grave atrofia cerebral y estado de vida vegetativa en el paciente.

Específicamente, en la sentencia de la Sala de lo Civil de 28 de julio de 1997 se cita la obligación del médico de contribuir activamente a probar que no existió en su actuar negligencia ni imprevisión para un caso de intervención para extirpar un carcinoma de útero en que el demandante no tiene por qué verse obligado a probar qué hechos serían los que exonerarían al médico, como el caso fortuito, para argumentar que en el supuesto concreto no concurren los mismos, de suerte que tendrá que ser el demandado el que aporte la prueba exoneradora, como corresponde a su mejor posición en el conocimiento de la esfera técnica del caso.

En la sentencia del 8 de noviembre de 2007, de la Sala de lo Civil, el Tribunal Supremo español, con base en jurisprudencia tanto del Supremo cuanto del Tribunal Constitucional, se asume la argumentación de la sentencia de instancia<sup>537</sup>, en cuya virtud al propio médico demandado, al contar con una mayor disposición probatoria, le corresponde acreditar la ausencia total de responsabilidad en su actuación médica, produciéndose, de tal modo, un desplazamiento de la carga probatoria.<sup>538</sup>

---

<sup>537</sup> *En un caso de pérdida de visión del ojo derecho después de una lesión causada por láser argón se condena solidariamente a la aseguradora Asisa y al médico, frente a lo cual el primer motivo del recurso promovido por el médico pretende aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil español y vulneración de los artículos 14, 18, 24.1 y 2 de la Constitución, que vedan la exigencia de la prueba diabólica o imposible en un hecho negativo en la medida en que se pretende el correcto tratamiento sanitario y la conducta diligente e irreprochable del recurrente y su adecuación a la lex artis exigible, alegando que el resultado final se produjo por circunstancias indeterminadas e imprevistas, lo cual, al igual que todos los demás, se rechaza por el Tribunal Supremo español que, en concreto, en este punto, aparte de lo que se dice en el texto, añade que, frente a la referencia a la prueba diabólica o imposible de un hecho negativo, el recurrente ni siquiera aporta el historial clínico del paciente, siendo que no se descarta en el informe médico la posibilidad de lesión por el tratamiento empleado al no realizarse de forma correcta, de suerte que se acredita que la actuación médica era susceptible de generar el daño producido por indebida aplicación del tratamiento. Vid. comentario de dicha sentencia a cargo de BELLO JANEIRO, D. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, mayo-agosto 2008, n. 77, p. 831 y ss.; y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, septiembre-diciembre 2008, n. 78, p. 1179 y ss.*

<sup>538</sup> *Tal conclusión encuentra un mayor fundamento, si cabe, en el hecho de que no consta el consentimiento informado del paciente acerca de los riesgos posibles de la intervención de manera que estos no fueron debidamente asumidos y aceptados de modo que esta omisión culposa es otro elemento de apoyo para fundamentar que el médico asume por sí solo los riesgos de la intervención en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar dicho consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible al haberse prescindido de la exigencia del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad acerca de la forma escrita del consentimiento para la realización de cualquier intervención, salvo en supuestos de urgencia, incapacidad del enfermo, o riesgo para la salud pública.*

## VIII. CARGA DE LA PRUEBA DE LA NEGLIGENCIA

Ahora bien, con arreglo a nuestro derecho, la regla general es que el paciente debe probar que el médico actuó con negligencia, y con tal punto de partida, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 2 de julio de 2003<sup>539</sup> se confirma la condena, dado que el resultado de la operación fue desproporcionado y se debió a una actuación negligente del médico, que incumplió la *lex artis* de aplicación al caso, derivándose de ello las consecuencias físicas ya advertidas en el texto de la sentencia en que, sin embargo, se concluye que es procedente disminuir la cuantía de la indemnización establecida y ello dado que se hizo una errónea cuantificación del lucro cesante derivado de los daños causados y el perjuicio profesional que se ocasionó con ello.<sup>540</sup>

En todo caso, no se presume una actuación culposa o negligente por parte del profesional médico<sup>541</sup>, sino que, justamente, queda descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido estricto, tal y como se pone de relieve en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 24 de noviembre de 2005<sup>542</sup>, en que

---

<sup>539</sup> *En la sentencia del 2 de julio de 2003, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español se trata precisamente de una demanda de responsabilidad civil contra facultativo y centro médico por deficiente intervención quirúrgica con reclamación de cantidad por los daños derivados de operación de cataratas, pretensión desestimada en primera instancia por la sentencia del 18 de enero de 1997, que después fue revocada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, esta por sentencia del 8 de septiembre de 1997, para estimar parcialmente la demanda y condenar por ello solidariamente a los demandados a cantidad inferior a la pedida, declarando luego el Tribunal Supremo español haber lugar parcialmente al recurso de casación, en el único sentido de reducir la cuantía de la condena, que se había interpuesto contra la condena solidaria de centro médico y de facultativo por los daños sufridos por el paciente, en concreto pérdida de visión de un ojo, tras una operación de cataratas.*

<sup>540</sup> *El Tribunal Supremo español, en esta sentencia del 2 de julio de 2003, confirma que hay responsabilidad solidaria de los demandados, si bien reduce la cuantía de la condena respecto a la establecida por la Audiencia. Para ello, tras reiterar en varios motivos que en casación no es posible una nueva valoración probatoria, al ser tal actuación propia de la instancia, aunque en caso excepcional que no concurre sí sería posible tras argumentar error de derecho en la aplicación del precepto que sirva de base para la valoración.*

<sup>541</sup> *En la varias veces citada sentencia del 15 de septiembre de 2003 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español, se concluye la responsabilidad extracontractual por daños derivados de intervención médica ante la existencia de culpa del médico, invirtiéndose, como se ha dicho, la carga de la prueba, ante el deber de este de acreditar su actuación adecuada, incidiendo en el daño causado por la negligente intervención médica, tras lo cual se concluye la responsabilidad solidaria del Instituto Nacional de Salud y de la compañía de seguros.*

<sup>542</sup> *En la sentencia del Tribunal Supremo español, de la Sala de lo Civil, del 24 de noviembre de 2005, se trató de una extracción dental que deriva en angina de Ludwig, con desestimación de la demanda por la que el paciente exige responsabilidad al médico que le extrajo la pieza molar y al que lo trató posteriormente, en un caso en que un paciente afectado de un proceso conocido como angina de Ludwig –derivado de una previa extracción de una pieza molar–, demanda a los mé-*

manifiesta, asimismo, el Tribunal Supremo español que en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (artículo 217.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios, por lo que tampoco responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, como es el caso.<sup>543</sup>

Sobre la cuestión, en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 23 de marzo de 2006 se concluye la desestimación de la demanda en la que se exige responsabilidad al hospital y a los médicos que atendieron a una paciente fallecida de cáncer, ante la actuación correcta de los médicos demandados, en un caso en que los padres de una paciente, como ya digo, enferma de cáncer, tras su fallecimiento, demandan al hospital en el que fue atendida y a los médicos que la intervinieron, en reclamación de una indemnización de daños y perjuicios. Ni en primera instancia, ni en apelación, ni en el presente recurso de casación, la parte actora obtuvo sentencia favorable, puesto que el Tribunal Supremo español considera que no se ha probado una conducta de los médicos demandados productora, en nexo causal, del daño, habiéndose acreditado que su actuación fue correcta.

Para el Alto Tribunal, la sentencia recurrida ha analizado y valorado convenientemente los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica y ha entendido que los demandados desplegaron los medios asistenciales idóneos, conforme a la ciencia médica, para el tratamiento de la grave enfermedad de la paciente fallecida. En definitiva, el Tribunal Supremo español concluye que no ha habido omisión de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma. Asimismo,

---

*dicos que lo atendieron en reclamación de una indemnización, en concepto de daños y perjuicios, por los días de baja, secuelas y demás perjuicios sufridos. Las sentencias de primera y segunda instancia desestiman la demanda formulada frente al doctor que le extrajo al paciente la pieza molar, no así respecto del otro demandado, que trató posteriormente al actor, al que la sentencia de primera instancia condena, por un error de diagnóstico, y la de la Audiencia, que es la que se recurre en casación, le absuelve al entender que no existió ese error de diagnóstico inicial y que, conforme a la prueba practicada, "en el momento de la primera operación el paciente no presentaba síntomas de angina de Ludwig, sino infección del suelo de la boca, y que el tratamiento antibiótico y la intervención fueron los adecuados a dicha sintomatología".*

<sup>543</sup> El Tribunal Supremo español, en esta sentencia del 24 de noviembre de 2005, declara, además, no haber lugar al recurso de casación interpuesto y, en concreto, declara que el recurso de casación no es una tercera instancia, y que no es posible rechazar los hechos declarados probados por la sentencia recurrida para sustituirlos por los que estima el recurrente en función de un resultado llamativamente negativo.

considera el Alto Tribunal que el Centro Hospitalario ofreció las prestaciones convenientes y el servicio facilitado no ha pecado de defectos de instrumentación y funcionamiento, ni se han acreditado deficiencias asistenciales.

En dicha sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del 23 de marzo de 2006, se sigue la posición mantenida por la sentencia del Tribunal Supremo español del 29 de junio de 1999, que se transcribe textualmente: "Conviene recordar la doctrina jurisprudencial muy reiterada; como dice la sentencia del Tribunal Supremo español del 13 de octubre de 1997 y reitera la del 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia".<sup>544</sup>

En este caso, ha considerado el Tribunal Supremo español que los demandados desplegaron los medios asistenciales idóneos, conforme a la ciencia médica, para el tratamiento de la grave enfermedad y el restablecimiento de su salud, resultado al que desgraciadamente no se llegó, pero no por culpa o negligencia de aquellos; y, en definitiva, se concluye en esta sede que no ha habido omisión de diligencia alguna por los médicos que atendieron a la enferma y tampoco se aprecia negligencia en el centro hospitalario, pues está demostrado en autos que la enferma fue sometida a un intenso tratamiento a partir de la fecha en que acudió por primera vez al servicio de urgencias del hospital, pues no solo hubo una adecuada actuación de los médicos, sino que el sistema hospitalario ha ofrecido las prestaciones convenientes y el servicio facilitado no ha pecado de defectos de instrumentación y funcionamiento, ni se han acreditado deficiencias asistenciales.

---

<sup>544</sup> Así, entre otras muchas, se citan las sentencias del Tribunal Supremo español del 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 24 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre y 15 de octubre de 1996 y 22 de abril de 1997.



## RESPONSABILIDAD DEL GALENO DESDE LA PERSPECTIVA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y EL CARÁCTER DE LA OBLIGACIÓN ASUMIDA

Julián Emil Jalil (\*)

### 1.- A MODO DE INTRODUCCIÓN

Si bien en pasajes prístinos de nuestra historia jurisdiccional los juicios de mala praxis constituían “rarezas jurisprudenciales”, la realidad contemporánea de nuestros días nos plantea un escenario distinto, en donde la responsabilidad del galeno –en su comprensión amplia y junto con otros supuestos– ocupa el escenario principal del derecho de daños. Desde esta perspectiva, el consentimiento informado cobra su matiz más saliente, al configurarse como el documento en donde reposa un indubitable elemento de convicción del cual el magistrado debe valerse al momento de analizar y valorar el accionar del galeno.<sup>545</sup>

---

(\*) *Secretario de Cámara. Doctor en Derecho. Especialista en Derecho Civil en la Universidad de Salamanca (España). Especialista en Derecho de Daños en la U.B.A. Posgraduado en Derecho de los Contratos en la U.B.A. (anual). Posgraduado en Responsabilidad Civil en la Universidad Abierta Interamericana (anual). Posgraduado en Derecho de la Salud en la U.B.A. (bianual). Carrera docente completa en la U.B.A. Profesor del Posgrado en Derecho de los Contratos de la U.B.A. Ex profesor del Curso Profundizado de Daños y Contratos dictado en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF-UAJ). Ex profesor en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor adjunto de la Universidad Abierta Interamericana, en la cátedra de Obligaciones Civiles y Comerciales. Profesor ayudante en la cátedra Contratos Civiles y Comerciales de la Facultad de Derecho de la U.B.A. Profesor adscripto de la Universidad de Morón, en la cátedra de Derecho Civil III. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado. Coordinador del Posgrado de Contratos de la Facultad de Derecho de la U.B.A. dirigido por Ricardo Lorenzetti. Ex subdirector del Curso Profundizado de Daños y Contratos dictado en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF-UAJ). Disertante en varios foros académicos. Ponente en las XX y las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Autor de una obra jurídica y de más de 40 artículos publicados en revistas de especialidad. El presente trabajo se encuentra dedicado a los Dres. Horacio del Riego, Javier del Riego, Gabriel Ascúa, José Habbib, Miguel Habbib y Daniel Grilli, fieles ejemplos del bienaventurado y correcto arte del buen curar, distinguidos galenos que se han subsumido en la misteriosa misión de dedicar su vida al servicio protectorio de sus semejantes. Valga la presente investigación en homenaje a su loable quehacer.*

<sup>545</sup> JALIL, Julián E., “El consentimiento informado: una de las aristas rectoras del buen ejercicio médico”, en RCyS XII, 81. También adquiere gran ductilidad para deslindar o atribuir responsabilidades en los casos de “equipos médicos”, ya que este accionar colectivo aparece ordinariamente en nuestros días, así explica Garrido Cordobera que dentro de la temática de la responsabilidad de los médicos que viene trabajándose y depurándose en los últimos años, encontramos la situación en la cual el médico ya no actúa aislado sino en grupo o mejor dicho en equipo, ello debido a las transformaciones que se han operado en el ejercicio de la medicina y a la necesidad de alta especialización en ciertos casos. GARRIDO CORDOBERA, Lidia M. R. *Problemática del accionar del equipo médico*, DJ 12/11/2008, 1971-DJ 2008-II, 1971.

El tema ha cobrado notable interés actual y despertado la atención de gran parte de los juristas más comprometidos de nuestro país, quienes lo abordaron desde distintas ópticas y tesis. <sup>546</sup> El deterioro del binomio médico-paciente consagra la necesidad de cumplir con recaudos cada vez más rigurosos para preservar el buen desenvolvimiento médico. En este marco, la historia clínica y el consenti-

---

<sup>546</sup> *En este sentido, se recomienda la lectura de las obras de TRIGO REPRESAS, Alberto y F. LOPEZ MESA, Marcelo. Tratado de la Responsabilidad Civil. Buenos Aires: La Ley, 2004. BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997. CALVO COSTA, Carlos A. Daños ocasionados por la prestación médico-asistencial, La actuación de los operadores del sistema de salud analizada a través de la doctrina y la jurisprudencia. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. CUMPLIDO, Manuel y GONZÁLEZ ZUÑD, Ariel. Daño médico. Aspectos legales en la práctica médica. Córdoba: Mediterránea, 2005. GHERSI, Carlos. Responsabilidad por prestación médico asistencial. Responsabilidad médica. Historia clínica. Drogas y estupefacientes en el deporte. Buenos Aires: Hammurabi, 1992. LÓPEZ BOLADO, Jorge Daniel, POGGI, Víctor Luis, YUNGANO, Arturo R. y BRUNO, Antonio. Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 1992. LÓPEZ MIRÓ, Horacio G. Responsabilidad civil médica. Últimas propuestas doctrinarias. Casos y soluciones prácticas para el abogado litigante. Rosario del Talar: Zeus, 2006. LOVECE, Graciela, WEINGARTEN, Celia, GHERSI, Carlos, CASTAÑO RESTREPO, Patricia. Contrato médico y consentimiento informado. Buenos Aires: Universidad, 2001. PREVOT, Juan Manuel. Daños y perjuicios. Manuales de jurisprudencia. Parte General y Parte Especial. Buenos Aires: La Ley, 2008. SOSA, Susana. Manual de mala praxis médica. Rosario del Talar: Juris, 1994. URRUTIA, Amílcar R. URRUTIA, César A., URRUTIA, Deborah Myriam, URRUTIA, Gustavo A. Responsabilidad médico legal de los cirujanos. Buenos Aires: Macchi, 1998. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. ZUCCHERINO, Ricardo Miguel. La praxis médica en la actualidad. Buenos Aires: Depalma, 1994. Asimismo, se presentan como de gran interés los artículos publicados por: AIZENBERG, Marisa, ROITMAN, Adriél J. "Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional", en La Ley 2010-A, 826, en donde los autores vierten sus consideraciones sobre la reciente normativa que regula el consentimiento informado. En este sentido, precisan que "si bien es cierto que aún queda un largo camino por recorrer con miras a la unificación de criterios vinculados a los diversos institutos del derecho de la salud, y con plena conciencia de que no es posible formular un completo diagnóstico de situación hasta que la Ley 26529 no se encuentre debidamente reglamentada, entendemos que su sanción constituye un punto de partida de indiscutible valor, sobre el cual comenzar a construir un modelo que abarque todos los aspectos referidos a los derechos de los pacientes en materia sanitaria". LORENZETTI, Ricardo L. "El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas", en La Ley 1990-B, 996-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 1051. El distinguido jurista hace una precisa descripción del significado de la información en los tiempos contemporáneos. Y la define como "el deber de informar alude a una conducta impuesta a alguien a fin de que aclare a otra persona relacionada o que puede relacionarse con él, aspectos que conoce y que disminuyen o pueden disminuir la capacidad de discernimiento o de previsión del otro si dichos datos no se suministran". En cuanto a la definición normativa, considera el integrante del Máximo Tribunal Nacional que ella "resulta difícil, ya que no hay una ley específica sobre el tema. Podríamos decir que se trata del deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra". GHERSI, Carlos A., WEINGARTEN, Celia. "La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos", en La Ley 1998-E, 1165-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 577. Consideran los profesores*

miento informado operan como las principales herramientas defensivas a través de las cuales se puede probar el correcto cumplimiento de la *lex artis*.<sup>547</sup>

La Ley 26529 de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, sancionada el 21 de octubre de 2009, recoge precisiones

---

*que “el médico posee el derecho de actuar discrecionalmente con fundamento en la medicina científica y debe informar, advertir los riesgos que tal aplicación suscita para el paciente (art. 901, Cód. Civil) y por su parte el paciente asentirá la aplicación, debiendo asumir como propio de la medicina científica los daños acaecidos en relación de causalidad con la información o advertencia recibida, sin perjuicio que el asentimiento brindado, al ser condicionado–fundado en su estado semi-consciente (art. 921, Cód. Civil) lo posibilite examinar nuevamente los acontecimientos para verificar el camino recorrido”. Sostienen que de esa manera “se están protegiendo los derechos del médico, que verá en el asentimiento del paciente una aceptación de riesgos científicos propios evitando el cuestionamiento de su responsabilidad; por otra parte, se salvaguarda el derecho de los pacientes al considerar el asentimiento una aceptación de riesgos, informado y en términos científicos propios de toda situación en donde la ciencia impone límites”. LÓPEZ MESA, Marcelo J. “Pacientes, médicos y consentimiento informado”, en La Ley 2007-B, 867-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 619. El prestigioso magistrado, con salientes y precisas citas de doctrina extranjera, aborda temas de profundo interés para los profesionales de la medicina, entre ellos menciona cómo se desenvuelve el deber del médico de obtener el consentimiento del paciente a una determinada práctica médica propuesta. Conceptualiza el “consentimiento informado”, reflexiona en torno a quién debe prestarlo, explica sus efectos, referencia los requisitos que debe exteriorizar, el momento en que se debe prestar, como asimismo la forma necesaria para su validez. PREVOT, Juan Manuel. “Consentimiento informado y responsabilidad civil”, en: La Ley 2006-E, 96. Al comentar un interesante fallo de la Corte de Casación Italiana, el joven jurista hace una comparación entre el sistema de responsabilidad médica en el que se asienta el derecho italiano y el nacional. Hace referencia también a la relación causal y al concepto de daño resarcible en torno al consentimiento informado, planteando las diferentes situaciones que se pueden plantear al respecto entre el galeno y el paciente, como asimismo las consecuencias que de ellas emergen. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. “Con la mejor voluntad... (presunta). La reforma a la Ley de Trasplantes”, en La Ley 2006-A, 1273. Con el ímpetu, la verborragia y la profundidad de siempre, el profesor radica una sostenida crítica contra la reforma de la Ley de Trasplantes, especialmente en lo que se refiere al consentimiento informado y la declaración de voluntad, considera que este sistema grita la derrota del camino de la libertad y del amor al prójimo, y entroniza el autoritarismo nervioso. TALLONE, Federico C. “Responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado”, LLC 2003 (junio), 531. El autor considera que el consentimiento informado debe contemplarse como un nuevo ideal de relación médico-enfermo hacia el que debe tender paulatinamente. Este nuevo ideal es la promoción de la autonomía personal de los pacientes. Para el cumplimiento de esta meta es imprescindible que los pacientes competentes puedan disponer de toda la información que pidan y necesiten para mantener un control sobre sus vidas. LÓPEZ MIRO, Horacio G. “Acerca de un fallo que presume la existencia de consentimiento informado”, La Ley Online. Expone el autor que el consentimiento informado del paciente y el cumplimiento del deber de informar por parte del galeno están (deben estar) sujetos únicamente a las excepciones ya contempladas en la legislación vigente y a las que dicta el buen sentido común y de justicia. Salvo estas situaciones verdaderamente singulares, el consentimiento informado del paciente debe ser condición previa –sine qua non– a la implementación de cualquier práctica médica sobre su cuerpo, y el cumplimiento del deber de informar debe exigirse siempre, sin dejarlo expuesto a más excepciones que aquellas taxativamente contempladas por la ley. Todo lo demás es una práctica corruptiva del intrínseco sentido de protección del paciente, hasta desnudar al concepto de su más íntima significación, exponiendo al enfermo a las múltiples excusas que pudieran encontrarse para justificar el no cumplimiento del deber de informar y la obligación de obtener el consentimiento informado del propio interesado.*

<sup>547</sup> JALIL, Julián E. Op. Cit., p. 85 y ss.



por las que clamaban los juristas de nuestro ámbito, muchas de las cuales –como se verá a continuación– ya eran verdidas por la jurisprudencia nacional.

## 2.- PLANTEO DEL PROBLEMA Y MARCO CIENTÍFICO

Hablar de consentimiento informado nos lleva a la dura misión de dilucidar el alcance y contenido de una declaración común en la cual un sujeto (el galeno) se encuentra dotado de cierta información técnica que le permite vislumbrar una estrategia a seguir frente a otro que se encuentra en una situación pasiva y de clara sumisión.

Desde antaño se ha comenzado a hablar de la idea del consentimiento informado, que recae justamente en una transmisión de determinados procedimientos técnicos a seguir en un paciente ante prácticas específicas. La cuestión consiste en desentrañar en qué momento y bajo qué circunstancias este último se encuentra en condiciones de decidir, conforme a las premisas erogadas por el médico, el mejor destino para su cuerpo.

Al abordar este tema debemos analizar indispensablemente el ruín supuesto de la negativa al tratamiento cuando este representa el medio idóneo para la curación o más aún para la supervivencia del paciente.

Todo ello nos lleva a denotar la importancia de este plano de estudio que muchas veces pone en colisión aspectos de gran jerarquía constitucional como el derecho a la libertad, a la vida, y la autodeterminación de la persona.

Si bien el tema es rico en matices jurídicos, consideramos necesario centrar el eje de nuestra investigación en dos aspectos sustanciales.

Por un lado, analizar el carácter de la obligación asumida por el galeno de informar a su paciente, es decir si podemos considerarla una obligación de medios (como las que pesan de los deberes del médico en general), o si por el contrario esta descansa en una obligación de resultado que no admite la demostración de la correcta diligencia como causal de exención de responsabilidad civil.

Por otro lado, estudiar la injerencia de la nueva Ley 26529 en la responsabilidad del médico y su proyección en torno al futuro de ella.

Hemos recurrido de manera sistemática al análisis de la doctrina y jurisprudencia nacional para digitar nuestro marco teórico con la mayor fluidez posible.

Por último, y en base al problema planteado, nuestra hipótesis de trabajo quedará determinada de la siguiente manera: “El consentimiento informado en el derecho argentino constituye para el galeno una obligación de resultado, por ello incumbe a este último la prueba de su existencia y el cumplimiento de los recaudos legales del mismo. La falta de información asentida por el paciente genera el deber de reparar el daño siempre que este exista y se cumpla con los demás presupuestos de la responsabilidad civil”.

### 3.- EN BUSCA DE LOS ORÍGENES DE LA OBLIGACIÓN GALÉNICA DE INFORMAR

Entre los años 1969 y 1972 distintas causas judiciales norteamericanas lograron derrumbar el criterio con el cual el cuerpo médico había manejado durante siglos la información a suministrar a los pacientes. La práctica profesional indicaba tradicionalmente que tanto la cantidad como la calidad de información a compartir con los enfermos debían ser seleccionadas por el propio médico, en tanto que él era el que sabía qué cosa era mejor para el paciente. Solo podía exigirse por tanto aquella información razonable, es decir, aquella que la mayoría de los médicos proporcionaría en situación semejante (criterio de la práctica profesional).

En el corto tiempo señalado, sin embargo, diferentes jueces entendieron que si bien resultaba imposible exigir una información médica detallada y completa, no era absurdo exigir una información suficiente. Esto es, que la persona enferma contara con los elementos necesarios como para arribar por sí sola a una decisión libre, y sin que se le escondieran datos que podrían hacer variar su elección (criterio de la persona razonable).

En la actualidad, ambos criterios son criticados con dureza pero no resulta fácil encontrar nuevos parámetros que sustituyan definitivamente los ya enunciados. En los Estados Unidos las opiniones continúan divididas, y algunos estados manejan sus pleitos echando mano al criterio de la práctica profesional y otros al de persona razonable. Al ser los EE. UU. el país que ha desarrollado más cabalmente el consentimiento informado, no es de extrañar que el desconcierto sobre este aspecto poco claro de la doctrina se transmita a otras regiones del globo.<sup>548</sup>

### 4.- HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN DEL LLAMADO CON SENTIMIENTO INFORMADO

La expresión "consentimiento informado" (*informed consent*) fue utilizada por primera vez en el estado de California (EE. UU.) en 1957, con ocasión del pleito "Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Broad of Trustees". La sentencia aclara que el cuerpo médico está obligado a "obtener el consentimiento" del enfermo y, además, "a informar adecuadamente" al paciente antes de que proceda a tomar una decisión. En otros términos, consiste en el derecho del enfermo a una información de calidad y la obligación médica de brindar esa información relevante.<sup>549</sup>

---

<sup>548</sup> CECCHETTO, Sergio. "Consentimiento informado. Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento", en BLANCO, Luis Guillermo (comp.). *Bioética y derecho, cuestiones actuales*. Buenos Aires: Universidad, p. 95.

<sup>549</sup> *Ibid.*, pp. 94-95.

La base del fundamento jurídico en que se sustenta el consentimiento informado es el respeto de los derechos personalísimos, pues los pacientes tienen derecho de conocer todo aquello que consideren necesario para tomar libremente la difícil decisión de continuar adelante o no con la propuesta o diagnóstico que efectúa el profesional.<sup>550</sup>

El art. 3 de la Ley 26529 define el consentimiento informado de la siguiente manera: “entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”.

La doctrina y jurisprudencia lo han definido como una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quien luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención.<sup>551</sup> Constituye la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, que incluye la capacidad de comprensión del paciente.<sup>552</sup> Ello, como dice Highton, comprende dos aspectos: por un lado, que el médico obtenga el consentimiento del paciente y que el primero revele al segundo una adecuada información. El otorgamiento de ese consentimiento se basa en una relación especial de confianza, entendiéndose que en esta materia como en ninguna otra, está en juego un valor ético básico como es el de la autonomía de la voluntad<sup>553</sup>, entonces el deber del médico de informar de manera clara y adaptada al nivel cultural de cada paciente acerca de los riesgos de la intervención quirúr-

---

<sup>550</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 25/08/2005, “C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro”, RCyS 2005, 1318-RCyS 2006, 367, con nota de Sandra Wierzba; AR/JUR/3965/2005. Idem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 02/06/2004, “G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica”, RCyS 2004-X, 44, con nota de Federico C. TALLONE.*

<sup>551</sup> HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1991, p. 191. *Para ello se entiende que, ya que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos de un tratamiento médico determinado, un principio de esclarecimiento es fundamental y, en consecuencia, se requiere que pueda conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles, y cuántas y cuáles, las probabilidades relativas del éxito.*

<sup>552</sup> *Juzgado de 1a Instancia en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de La Plata, 19/07/2006, Wander, Rodolfo D., LLBA 2006, 1359 - LLBA 2007 (marzo), 153, con nota de Juan Manuel Prevot; AR/JUR/4105/2006.*

<sup>553</sup> HIGHTON, Elena. “La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico. El difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n. 1, p. 170.

gica surge de los principios de buena fe y confianza establecidos en el art. 1198 del Código Civil.<sup>554</sup> Por otro lado, como señala López Mesa, aparece el paciente, que recepta la información a fin de poder participar inteligentemente en la aceptación o no del tratamiento.<sup>555</sup> Una vez informado este sobre cuál es su estado y posibilidades terapéuticas, el médico debe expresarle su opinión respecto del mejor tratamiento posible para su caso y los riesgos de encararlo o de rehusarlo, y una vez cumplidos estos deberes, requerir el consentimiento del paciente para la práctica que le hubiese sugerido.<sup>556</sup>

Entonces, dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que de haber conocido los riesgos, el paciente no se habría sometido a ella, y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con las que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional.<sup>557</sup>

Vale agregar que la idea de consentimiento informado no solo subyace en el plano médico, sino que cada vez con más fuerza opera en diferentes facetas profesionales, su más reciente reflejo se evidencia en el plano del derecho, principalmente en cuanto a la dirección de las diferentes pretensiones procesales, como dice Di Guilio, una decisión no informada frente a la alternatividad que enmarca la carga procesal estará viciada como manifestación de voluntad plana, erigiéndose sin intención (art. 922 CC) por ausencia de pleno conocimiento de la situación pro-

---

<sup>554</sup> Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, Sala Civil y Comercial, 14/07/2006, "Sánchez, Marta G. c. Sanatorio Norte S.R.L.", LLNOA 2006 (octubre), 1056 - RCyS 2006, 1265, AR/JUR/3808/2006 (del voto del Dr. Llugdar).

<sup>555</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos Aires: Ubijus - Legis, 2007, p. 59.

<sup>556</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>557</sup> *Del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi. La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por aplicación del art. 280 del Código Procesal. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/2008, "Godoy Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro", La Ley Online. En igual sentido se dispuso que en el marco de una acción de daños y perjuicios, se debe responsabilizar al médico demandado por su omisión de informar en debida forma a su paciente, a fin de que este tomara una decisión razonada, ponderando los graves riesgos generados por el cateterismo hemodinámico sugerido en el que se le colocaría una prótesis correctora, y los beneficios esperados, pues con las pruebas aportadas no logró acreditar que hubiera obtenido un consentimiento válido en el que constara que el enfermo entendía y se sometía voluntariamente a la intervención propuesta. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 18/03/2008, "S. de Del M., E. R. y otros c. G., M. A. y otro", La Ley Online; AR/JUR/2322/2008. *Idem.* CNCom., Sala D, "G. de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", 2004/06/02, RCyS 2004, 575, con nota de Federico C. Tallote; CNFed. Civ. y Com., Sala II, "Sambiasi de Cravioito, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y otro", 2005/09/08, RCyS 2006, 897; CNCiv., Sala K, "C. T., A. B. c. M., M. S.", 2005/10/24, JA 2006-I, 693 - ED 217, 10.*

cesal, los derechos posibles a ejercer, las eventuales consecuencias de la propia conducta y la resolución judicial que pueda corresponder.<sup>558</sup>

## 5.- LA CAPACIDAD REQUERIDA PARA OTORGAR EL CONSENTIMIENTO

El término “menor maduro” viene gestándose desde la última década, favoreciendo el cambio de concepción respecto de la competencia de los menores y su capacidad de tomar decisiones que competen a su salud, sin que exista limitación por edad sino por capacidad o madurez. En este sentido, Lavalle explica que es importante tener en cuenta que el concepto jurídico de capacidad no coincide necesariamente con el concepto bioético de competencia cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud.<sup>559</sup>

Cada vez con más fuerza fluye en la mente de los tratadistas la idea de la competencia como el límite dentro del cual debe apreciarse la aptitud del sujeto para prestar el consentimiento, es decir, no recae en una consideración biológica sino en una perspectiva de madurez intelectual que en todo caso, y en última instancia, será una cuestión de apreciación jurisdiccional según las circunstancias del caso y el sujeto interviniente.

Muchas veces esa competencia se ve reducida por quienes detentan la edad requerida para el acto pero se encuentran disminuidos por las circunstancias, o por

---

<sup>558</sup> DI GIULIO, Gabriel. “Consentimiento informado en el proceso”, en *Revista La Ley*. Tomo 2009-A, pp. 1192-1196. Si bien no constituye materia de esta investigación, vale la pena soslayar algunos matices interesantes de la posición de este autor dentro del plano del consentimiento informado procesal, habida cuenta de que ello va a tener harta trascendencia cuando veamos la aplicabilidad a de la Ley de Defensa del Consumidor a las relaciones profesionales. Dice el comentarista que toda carga supone como condición de eficacia y validez un consentimiento informado, que solo se logra mediante asesoramiento letrado. Por otro lado, expresa que el patrocinio letrado obligatorio o la defensa técnica obligatoria propenden a la satisfacción genuina del consentimiento informado, por tanto, a que las cargas surtan efectos que les son propios. Por último, señala el autor que siempre existe, sin embargo, un remanente donde la capacidad civil de la parte –y no ya el conocimiento jurídico específico– le depara una conducta que se inscribe en el campo de la diligencia (902 CC) y que su inobservancia, salvo situaciones excepcionales, opera en su propio detrimento. Ese remanente que se torna exigible para la parte por el hecho de ser capaz, es el de procurar asesoramiento legal. Esta conducta es elemental y constituye la plataforma de toda carga procesal. Si la parte decide no asesorarse, voluntariamente se está colocando en situación de descuido, imprudencia y no podrá reprochar desconocimiento técnico en el devenir de sus conductas, seguramente omisivas y de rebeldía, aunque no haya comprendido cabalmente los efectos y consecuencias de esa conducta procesal.

<sup>559</sup> LAVALLE, Olga O. “Consentimiento informado en adolescentes”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, vol. 2000, tomo IV, pp. 1071/2. Explica el autor que los menores (de entre 14 y 18 años) que hubieren alcanzado suficiente grado de madurez tienen derecho a ser informados y consultados respecto a su sentir en relación con los valores éticos, morales y religiosos de las prácticas médicas que les conciernen y tomar parte en la toma de decisiones.

la complejidad de la intervención. En este sentido se dijo que cuanto más serias puedan resultar las posibles consecuencias para el paciente de la toma de decisiones sobre tratamientos o intervenciones médicas –en el caso, un trasplante de riñón–, más rigurosa deberá ser la evaluación de su capacidad de decisión.<sup>560</sup>

## 6.- LA FORMA Y LA PRUEBA

Desde una perspectiva normativa y genérica, siguiendo la opinión de Valente y Calcagno, decimos que en cuanto a la forma, el consentimiento del que aquí venimos hablando, es una expresión de voluntad que, salvo declaración de la ley en contrario, es una declaración no formal.<sup>561</sup> Cabe señalar, con Lorenzetti, que el consentimiento del paciente, que supone la información previa, puede darse en forma oral o escrita; esta última es obligatoria en ciertos casos (vgr. mutilaciones o trasplantes), rigiendo la otra en la generalidad de los supuestos,<sup>562</sup> incluso en algunos casos su existencia puede surgir de conductas tácitas o indicios. Así la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza entendió que si bien el paciente al cual se sometió a un trasplante de córnea sostiene que él consintió la

---

<sup>560</sup> Juzgado de 1a Instancia en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de La Plata, 19/07/2006, *Wander, Rodolfo D.*, LLBA 2006, 1359 - LLBA 2007 (marzo), 153, con nota de Juan Manuel Prevot; AR/JUR/4105/2006. C1a Civ y Com San Isidro, Sala II, “Snidero de Pietrobon, Teresa B.”, 21/02/2006, LLBA, 2006-299, con nota de Ricardo D. Rabinovich Berkman; JCrimyCorrec Nro. 3 Mar del Plata, “R., I. B. y B., M. D.”, 06/06/1995, LLBA 1995, 847.

<sup>561</sup> VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. *Consentimiento informado y bioética práctica*, p. 1003. Es en la mayoría de los casos no previstos por la ley una cuestión de prueba que va a estar estrechamente ligada con la gravedad de la situación, ello se evidencia visiblemente en el voto de Antelo en el fallo de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal. Sentencia el magistrado de la siguiente forma: *al tratarse de una cirugía cuyo grado de complicación estadístico era bajo y de un paciente con una mediana cultura e información de su problema, es dable inferir que hubo consentimiento verbal. Es la conclusión que generalmente se acepta cuando la ley no exige otra cosa, la práctica quirúrgica no ofrece complicaciones iniciales y la costumbre firmemente arraigada del médico es la de comunicarse informalmente con su paciente.* Cámara Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 3, en autos: “Mautino, Mario v. Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas”: 04/06/20087.373/2002. Publicado en: Lexis Nexis N° 70047175. En este sentido ha sostenido la Cámara Nacional de Apelaciones que el consentimiento informado del paciente debe presumirse en operaciones sin riesgos ciertos y que el actor no ha afirmado que hubiere rechazado el tratamiento aplicado de conocerlos tanto más cuanto que sabía que se trataba de un tratamiento novedoso o experimental. C. Nac. Civ., Sala J: 28/03/2008, en autos: “Gulman, Leonardo R. v. Regina Mater S.R.L y otro”, N°29.446/1998.

<sup>562</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, tomo I, p. 208. No obstante ello, Rabinovich Berkman sostenía el criterio contrapuesto, entendiendo que la regulación del consentimiento médico requiere la implementación de aspectos formales, a veces hasta minuciosos, que son, según hoy se cree, materia reservada a las provincias. RABINOVICH BERKMAN, Ricardo. *Actos jurídicos y documentos biomédicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 297.

realización de una simple operación y no la de la queratoplastia, debe considerarse mediante indicios que existió un consentimiento informado de su parte para la realización de aquella, ya que el hecho de que fuese asistido por una mutual implica llevar a cabo una serie de trámites que requieren de documentación que explicita la práctica médica a realizar, máxime si concurrió a un centro médico de su confianza con documentación de la que surgía la intervención, lo cual supone un intercambio de comentarios sobre ella.<sup>563</sup>

Con análogo criterio, la Cámara Nacional Civil dispuso que aun cuando el actor sostuvo que no se acreditó la existencia del consentimiento informado respecto del estudio que debían realizarle y sus posibles consecuencias, ello resulta inverosímil si se tiene en cuenta que había sido sometido a un estudio similar cinco años antes y que el estudio practicado fue realizado con el paciente en pleno estado de lucidez, con anestesia local, pudiendo incluso seguir la operatoria a través de un circuito de TV.<sup>564</sup>

El art. 7 de la Ley 26529 dispone que el consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito: a) internación; b) intervención quirúrgica<sup>565</sup>; c) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) revocación. Entonces, es una declaración formal a los efectos de la prueba. De esa manera, si no se cumple con dicha forma pero logra comprobarse la existencia del consentimiento informado, debe tenerse por cumplido el expediente o requisito legal.<sup>566</sup>

El primer párrafo es realmente criticable cuando establece como principio general el consentimiento verbal, pues la acreditación y prueba estarán a cargo del médico, ya que se trata del cumplimiento de una "obligación legal", por lo que aconsejamos a los profesionales realizarlo siempre por escrito y específicamente en la historia clínica al igual que su revocación (rescisión de la relación profesional médico-asistencial).<sup>567</sup>

Para Aizenberg y Roitman, el consentimiento informado es un proceso que no puede ni debe ser confundido con el formulario que se suscribe en consecuen-

---

<sup>563</sup> *Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala I, 26/07/2007, "J., J. c. Z., R.", AR/JUR/5641/2007.*

<sup>564</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 16/08/2007, "Aranda Héctor Carlos c. OSDE binario", La Ley Online; AR/JUR/5249/2007.*

<sup>565</sup> *Antes de la sanción de la ley era discutible la necesidad de que el consentimiento se plasmará de manera escrita. Así, la Sala H de la CNCiv consideró que si bien en las cirugías estéticas se adjudica particular relevancia al deber de información médico, el cual debe satisfacerse de manera clara y suficiente, ello no significa que tenga que ser necesariamente instrumentado por escrito. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 23/02/2010, "Facio Zeballos, Diego Fernando c. Hospital Alemán y otro", La Ley Online; AR/JUR/3670/2010.*

<sup>566</sup> VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. *Op. cit.*, p. 1004.

<sup>567</sup> GHERSI, Carlos A. "La regulación de la relación paciente-profesionales y establecimientos", RCyS 2009-XII, 215.

cia, que podría –en los supuestos establecidos en el art. 7 de la Ley 26529, por ejemplo– resultar exigible a los efectos de la prueba, pero cuya existencia se acreditará en su caso por otros medios, cuando la información ha sido debidamente suministrada.<sup>568</sup>

Recientemente, la Cámara Nacional Civil resolvió en este sentido, diciendo que la ausencia de un documento firmado que exteriorizara el consentimiento informado del paciente portador de HIV respecto del tratamiento medicamentoso que se le suministraría para tratar su afección, no corrobora una presunción en contra de la clínica demandada, por los supuestos efectos adversos que dicho tratamiento le habría ocasionado, en tanto se acreditó que ese consentimiento fue verbal y que el paciente conocía las posibles consecuencias.<sup>569</sup>

## 7.- INSTRUMENTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD

### 7.1. Documentación de la práctica médica. Los formularios preimpresos

El consentimiento informado constituye un medio ineludible al que debe acudir el galeno para documentar su práctica médica y el asentimiento del paciente hacia dicha acción. Pero ello no implica bajo ningún punto de vista la irresponsabilidad del profesional, una vez cumplido dicho acto. En este sentido dispuso la Cámara Civil que la sociedad propietaria de un centro de estética es responsable por las marcas en la piel de carácter definitivo que presenta la reclamante por haberse sometido a un tratamiento de depilación definitiva, dado que el texto del consentimiento informado que ella suscribió no lo libera de responsabilidad y que no pudo demostrarse que si la accionante se hubiese apersonado inmediatamente a la aparición de las molestias, los daños se hubieran evitado,<sup>570</sup> es decir, como lo ha resuelto la Sala M de la Cámara Civil, no importa un *bill* de indemnidad para el médico, ya que no lo exonera de su responsabilidad por negligencia, ni puede considerarse como una autorización de someter al paciente a prácticas injustificadas.<sup>571</sup>

<sup>568</sup> AIZENBERG, Marisa, ROITMAN, Adriel J. "Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento", en RCyS 2010-VIII, 84.

<sup>569</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 23/02/2010, "Facio Zeballos, Diego Fernando c. Hospital Alemán y otro", La Ley Online; AR/JUR/3670/2010.

<sup>570</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 11/03/2010, "Pol, Adriana Olga c. Compañía Dermoestética y otro", RCyS 2010-VIII, 85, con nota de Marisa Aizenberg, Adriel J. Roitman; AR/JUR/15928/2010. *Idem* CNCiv, Sala F, "Amato, Eleonora c. G., C. J.", 2004/09/23, AR/JUR/3406/2004; Sala I, "L., G. F. c. T., M. y otros", 2006/02/21, RCyS 2006, 1363, AR/JUR/498/2006.

<sup>571</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 25/07/2008, "A., G. N. c. G., P. M.", AR/JUR/6638/2008.



Como explica Weingarten, de otro modo se correría el peligro de que bajo el “aparente” consentimiento del paciente, generalmente instrumentado en formularios preelaborados, se legitimara cualquier práctica médica, convirtiéndose en un mero formalismo, protector corporativo de la mala práctica médica. Decididamente ello no protege los intereses del paciente, no cubre la responsabilidad profesional, y solo legitimaría inadecuadas prácticas médicas. Continúa la autora aseverando que el asentimiento no constituye un eximente de responsabilidad para el profesional, ni una prueba absoluta de una decisión libre y consciente, y es susceptible de ser revisada judicialmente.<sup>572</sup>

Por lo expuesto, coincidimos con Valente y Calcagno en que debe rechazarse de pleno que esta quede prevista mediante la instrumentación de formularios impresos, mecánicamente implementados, o bien, genéricos y ambiguos, y por ende, insuficientes, y que en nada pueden suplir a una eficaz y prolífica comunicación. Esta última debe ser ineludible e imprescindible anterior a toda documentación que plasme fielmente el acuerdo que se alcanzó.<sup>573</sup> Con similar tesitura, la Cámara Nacional Civil dispuso que no puede tenerse por otorgado el consentimiento informado si el sanatorio demandado se limitó a expedir un formulario preimpreso que contiene expresiones estandarizadas o genéricas, sin indicar el diagnóstico, el tratamiento ni las posibles alternativas que pudieran acontecer por cuanto dichas omisiones impiden al paciente tomar libremente la decisión de continuar o no adelante con la propuesta que le efectúa el profesional.<sup>574</sup>

Por su parte, constituye una buena práctica médica que el consentimiento del paciente forme parte de la historia clínica, ya que tanto uno como el otro sirven para probar que la conducta del galeno se adecuó a las reglas del arte médico. Esto, en determinados casos, operará como un eximente de la responsabilidad del galeno, así la Cámara Nacional Civil entendió que corresponde declarar que existió consentimiento informado del paciente sobre la intervención quirúrgica a la que fue sometido y sus posibles consecuencias, ya que está reconocido el instrumento en el cual se dejó constancia de que fue informado de modo comprensible sobre la enfermedad, las medidas curativas y los riesgos que esto implicaba, sumado a que en la historia clínica se mencionan las explicaciones que le fueron dadas, máxime cuando no probó su desinformación al respecto.<sup>575</sup>

En otros supuestos constituirá la prueba cabal de la mala praxis médica, así la Cámara de Morón sentenció que la clínica y la obra social demandadas deben

---

<sup>572</sup> WEINGARTEN, Celia. “Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado (Una visión crítica)”, en GHERSI, Carlos. *Problemática moderna de la relación médico-paciente*. Ed. Jurídicas Cuyo, p. 48.

<sup>573</sup> VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. *Op. cit.*, p. 1005.

<sup>574</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 08/06/2009, “L. D. c. C. A. V. y otros”, DJ 22/09/2010, 2579, con nota de Agustín Álvarez, Manuel Cornet, AR/JUR/70094/2009.

<sup>575</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 23/04/2007 “A., E. R. c. O. B. A. S.A. y otro” AR/JUR/2895/2007.

responder por la pérdida de la visión de un ojo ocasionada a un paciente que fue intervenido quirúrgicamente de cataratas, pues tal secuela pudo haber tenido origen en el trauma quirúrgico de la cirugía a la que se sometió, lo cual resulta suficiente para tener por justificada la relación de causalidad entre el hecho y el daño, en tanto la falta de instrumentación de la historia clínica impide comprobar si en la emergencia se obró siguiendo las reglas del arte, máxime si tampoco se ha materializado el consentimiento informado del paciente.<sup>576</sup> Asimismo, la Sala K de la Cámara Civil consideró que a los fines de tener por acreditado el consentimiento informado, no cabe presumir que la actora haya estado debidamente informada de las posibles consecuencias de una nueva cirugía estética, toda vez que el accionado debió cerciorarse de ello y asentararlo en la historia clínica, pues, dada la existencia de complicaciones anteriores, lo que cabe presumir es que la damnificada accedió a la intervención quirúrgica ante la promesa de una mejoría en su situación.<sup>577</sup>

Además debe ser completo<sup>578</sup> y contener una información veraz de los riesgos en que se puede ver subsumido el paciente. En este orden argumental ha dicho la Sala K que el cirujano plástico demandado es responsable por las complicaciones que sufrió una paciente que se sometió a una intervención estética, puesto que optó por incluir en sus pantorrillas prótesis de gel de silicona indicadas para glúteos, en lugar de utilizar las específicamente diseñadas para piernas, e incumplió con su obligación de informarle a la paciente, en forma adecuada, los posibles riesgos que tal decisión podía traer aparejada.<sup>579</sup> En igual tesitura, la Sala I de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza consideró que corresponde condenar al médico que durante una intervención quirúrgica programada realizó una práctica respecto de la cual no le había informado a la actora sobre la posibilidad de que acaeciera ese riesgo, en el caso, extirpación de los órganos reproductores, ya que no surge de las constancias probatorias que la paciente haya

---

<sup>576</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 22/12/2009, "Choque, Juan Hipólito c. Clínica Mariano Moreno SA y otros", RCyS 2010-VII, 189, AR/JUR/63380/2009.*

<sup>577</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 24/10/2005, "C. T., A. B. c. M., M. S.", AR/JUR/8892/2005.*

<sup>578</sup> *La Cámara Nacional Comercial entendió que la errónea información brindada por el médico que intervino quirúrgicamente al paciente que sufrió una secuela permanente como consecuencia de la operación –en el caso, dificultad para caminar–, equivale a no informar, siendo imposible que la víctima hubiese prestado su consentimiento por esa posible lesión. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, 23/03/2006,*

*"G. C. A. c. B., R. y otros", RCyS 2006, 1363, AR/JUR/1640/2006.*

<sup>579</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 03/08/2009, "Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros", La Ley Online; AR/JUR/32344/2009. Idem Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, "G., C. A. c. B., R. y otros", 2006/03/23, RCyS 2006-VIII, 105; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, "D. M., A. M. y otros c. G. M., E. y otros", 2004/12/21, La Ley 25/04/2005, 8. Ver también VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A. "Importancia de la historia clínica en la responsabilidad civil médica. Actitud a asumir por parte de un médico demandado por mala praxis", La Ley 1998-C, 34.*

tenido la oportunidad de decidir y, consecuentemente, la chance de negarse a que le efectuaran la práctica.<sup>580</sup>

### 7.2. La herramienta defensiva que avala el buen obrar médico

Ahora bien, vale la pena señalar que cuando el acto cumple con los recaudos del caso puede constituir una sólida herramienta defensiva para el galeno, aun cuando el resultado de su práctica haya sido desfavorable al paciente. El consentimiento informado no libera al profesional de las consecuencias de una conducta negligente o imprudente, pero sí lo exime de responsabilidad por la ocurrencia de un riesgo informado al enfermo y que ocurriera pese a la buena práctica, ya que en este caso habría sido el paciente –y no el profesional– quien decidió afrontarlo.<sup>581</sup> Así, se dijo que corresponde rechazar la acción de daños y perjuicios por mala praxis médica interpuesta contra el cirujano que practicó una intervención oftalmológica refractiva, con sustento en la falta de recuperación total de la visión del actor si, en el consentimiento informado firmado por este, se le hizo saber que el resultado del acto quirúrgico podía no ser la corrección total de su trastorno ya que la expresa conformidad brindada con la práctica quirúrgica propuesta, no puede ser enervada con la genérica manifestación de haber estado mal informado y haber recibido un promesa de completa curación, sin fehaciente sustento probatorio.<sup>582</sup>

## 8.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La doctrina y jurisprudencia nacionales aceptan en forma prácticamente unánime que la responsabilidad de los médicos debe encuadrarse en las reglas del incumplimiento de las obligaciones y no en la de los hechos ilícitos, salvo la hipótesis de delito de derecho criminal, como la que se encuentra sometida a los principios generales de las obligaciones que enuncian los arts. 499 y siguientes y especialmente los arts. 512, 519, 520 y 521 del Código Civil.<sup>583</sup>

<sup>580</sup> *Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, Sala I, 31/03/2008, R. D. S. S. M. del H., LLGran Cuyo 2008 (junio), 460 - RCyS 2008, 535, AR/JUR/691/2008.*

<sup>581</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, 08/09/2005, "Sambiase de Craviotto, Myrtha A. c. Hospital Británico de Buenos Aires y otro", RCyS 2006, 897, AR/JUR/6182/2005. Idem CNCiv, Sala I, "C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro", 25/08/2005, RCyS 2005-XII, 86.*

<sup>582</sup> *Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de Viedma, 02/02/2010, "Lauriente, Aldo Ricardo c. S. Juan, Ignacio y Clínica Viedma S.A.", La Ley Online; AR/JUR/118/2010.*

<sup>583</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 03/08/2009, "Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros", La Ley Online; AR/JUR/32344/2009. Ver en igual sentido: SALVAT. "Responsabilidad civil de los médicos", La Ley, 8-Sec. Doctrina 9; COLÓMBO. "En torno a la responsabilidad civil de los médicos", La Ley, 36-794; ALSINA ATIENZA. "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", en JA 1958-III-p. 587;*

Entonces, entre el médico y el paciente subyace una relación de tipo contractual, o en el último de los casos, si no los une un contrato propiamente dicho<sup>584</sup>, se aplican los efectos contractuales, que para el caso es indistinto.<sup>585</sup>

Como apunta Rabinovich Berkman, la cuestión subyacente en toda esta temática es la de la naturaleza de la relación médico-paciente. La idea del consentimiento es de raíz contractual, lo cual importa tanto como predicar la existencia de equivalencia entre todas las partes. No hay igualdad, es obvio, porque justamente la desigualdad es la base de los contratos: pacto con otro a fin de que haga por mí lo que yo no sé o no puedo hacer, o para que me dé aquello que yo no tengo. Pero el contrato sí implica una equivalencia.<sup>586</sup>

JA 74-p. 525; ED, 39-480; ED 74- 563 - JA 1965-III-67; *La Ley*, 115-106; ED 43-337; ACUÑA ANZORENA. "Estudios sobre la responsabilidad civil", p. 197; DE GÁSPERI Y MORELLO A. M. *Tratado de Derecho Civil*, T. IV pp. 452/4; GOLDSCHMIDT. "Alrededor de la responsabilidad civil del médico", *La Ley*, 59-273; J.J. LLAMBIÁS, RAFFO BENEGAS y SASSOT R. A., *Compendio del Derecho Civil-Obligaciones*, 1ª ed., p. 859; ALTERINI, A., AMÉAL, O., LÓPEZ CABANA, J. R. *Causa de obligaciones*. Bs. As., 1975, t. II, p. 491, N° 1862; JA, 74-525. *Cám. Civ. 2ª Cap. Federal con nota de Arturo Acuña Anzorena*; JA 1985-IV- p. 368, *Cám. Nac. Civ., Sala G, nota del Dr. Burniabran*; JA 1983-II- p. 156 y ss., *Cám. Nac. Civ., Sala C, voto del Dr. Cifuentes, con profusión de citas doctrinarias*; JA 1988-II- p. 30 y ss. *Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, Sala 1 (con voto del Dr. Félix Trigo Represas*; JA 1980-III- p. 524 y *La Ley*, 1980-C, 294; *La Ley*, 1976-C, 67; *La Ley*, 1986-A, 469.

<sup>584</sup> Como el caso de la estipulación a favor de un tercero cuando interviene una obra social y un nosocomio privado, en donde el paciente aparece como el beneficiario de la estipulación pero una vez aceptada por este puede exigirla de la misma forma que si lo uniera con el ejecutor una verdadera relación contractual, conforme la doctrina imperante del artículo 504 del Código Civil.

<sup>585</sup> Así, en algunos casos donde no existe relación contractual propiamente dicha se puede llegar a soluciones similares por aplicación del artículo 504 de estipulación a favor de tercero. Asimismo, vale decir que el nosocomio o ámbito donde el galeno ejerce su profesión responde frente al paciente de manera objetiva por la obligación de seguridad, así se dijo que debe responsabilizarse al hospital privado por la culpa del médico demandado que omitió realizar debidamente el consentimiento informado, pues pesa sobre el nosocomio una obligación tácita de seguridad hacia los pacientes, quienes acuden allí por los servicios médicos asistenciales que brinda, asegurando que estos sean prestados de forma tal que no se generen daños como consecuencia de eventuales deficiencias en la atención médica. *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 18/03/2008, "S. de Del M., E. R. y otros c. G., M. A. y otro", La Ley Online; AR/JUR/2322/2008. Idem CNCiv., Sala B, "Oubiña, Juan Carlos c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires - Hospital Italiano - y otros", 2008/02/27, La Ley Online; CNCCom., Sala C, "Musso, Alicia Elsa c. C.E.M.I.C.", 2008/03/11, RCyS 2008-VIII, 99. Idem VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. "La obligación de seguridad", *suplem. especial La Ley*, septiembre de 2005, p. 4; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Buenos Aires, 1987, 5ª edición, p. 468, N° 1431 quáter; CNCiv, Sala A, del 2/6/2004, *La Ley del 10/11/2004*; BUERES, Alberto. "Responsabilidad civil de los médicos", 1992, pp. 383/384; CNCiv, Sala G, del 25/6/1981, en autos "Abalo, Omar Ulises c/ Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor", expte. libre n° 269.599.*

<sup>586</sup> RABINOVICH BERKMAN, R. *Actos jurídicos y Documentos Biomédicos*. Buenos Aires: *La Ley*, 2004, p. 291. Explica el autor que no celebran contratos los padres con los hijos respecto a la educación: simplemente los mandan a un colegio. El juez no pacta con el convicto la condena: se la impone. El policía no acuerda con el trasgresor el monto de la multa: hace la boleta. En estos supuestos, el consentimiento es irrelevante, porque no se trata de relaciones contractuales. Y no podrían ser de esa índole, dado que falta la equivalencia.

Dicho esto, es menester aclarar algunos puntos al respecto. En primer lugar, es óbice que hablar de aceptación de la prestación médica en cierta medida involucra un acuerdo. Pero ahora debemos señalar si ese acuerdo se desenvuelve en un plano negocial o de intercambio de pensamientos interactivos e igualitarios, o si, en definitiva se subordina a una opinión: la prevalente en cuanto al grado de conocimientos, es decir, la del galeno.

## 9.- ESTRUCTURA DEL ACTO MÉDICO: ¿CONSENTIMIENTO O ASENTIMIENTO INFORMADO?

La recepción normativa del consentimiento informado implica aceptar la facultad insoslayable del enfermo de decidir sobre su propio cuerpo.<sup>587</sup> Ahora bien, esa facultad, ¿se ejerce con autodeterminación o es inducida en base a la falta de conocimientos profundos en la materia? Creemos, desde esta óptica, que no existe intermediación negocial alguna, solo aparece una parte que decide un tratamiento a seguir y otra que lo autoriza, es decir, el consentimiento informado se transforma en un mero asentimiento que recae sobre un acto ajeno. Cuando hablamos de consentimiento nos representamos la idea de un flujo de posiciones que se compatibilizan en una puesta en común llamada acuerdo (artículo 1137 y 1197 del Código Civil), pero como hemos visto, ello no ocurre en el plano médico, donde una parte ubicada en una situación de inferioridad cognoscitiva se restringe a aceptar o rechazar el tratamiento propuesto; es decir, aquí estamos frente a un asentimiento que recae por parte del paciente en aceptar o rechazar un acto externo sobre el cual no está capacitado para negociar o debatir.

Lo dicho explica que diversos fallos hablen de asentimiento en contraposición al consentimiento médico. A modo de ejemplo, la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones sostuvo que la actora, cuando se refiere a la eficacia en su escrito de inicio, no lo asimila a una promesa de resultado, sino como expresamente lo explicita en la apelación, lo es respecto a la necesidad de información, que tiene como principal finalidad dotar al paciente de los elementos necesarios para que pueda asentir o no.<sup>588</sup>

---

<sup>587</sup> CNCiv, Sala C, del 19/7/2002, en autos "De Luca, Marta Susana c/ Marco, Marcelo", expte. libre n° 342.818; *id.*, Sala M, del 21/12/2004, en autos "De Mora, Ana María y otros c/ García Morato, Eduardo y otros", expte. n° 71822/00; *id.*, Sala M, del 16/9/2002, La Ley 2003-B-316; *id.*, Sala F, del 5/2/1998, La Ley 1998-E-1996; *id.*, CNCom, Sala D, del 2/6/2004, RCyS 2004-X-44; CALVO COSTA, Carlos A. Daños ocasionados por la prestación médico- asistencial. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 324 y ss.

<sup>588</sup> C. Nac. Civ., Sala J, "Gulman, Leonardo R. v. Regina Mater S.R.L y otro". 28/03/2008. Ed. Lexis Nexis. N° 29.446/1998.

Para entender más profundamente la cuestión, nos hemos propuesto ahondar en los conceptos de libertad y autonomía, principalmente para demostrar el estado de la situación actual en cuanto al deber de informar, y para robustecer nuestra tesis en torno a que no existe realmente un consentimiento propiamente dicho, sino un verdadero asentimiento por parte del paciente.

## 10.- EL ASENTIMIENTO DEL PACIENTE COMO CONDUCTA HETERÓNOMA

Explica Kant que la autonomía de la voluntad es un principio supremo de la moralidad, y la heteronomía de la voluntad es fuente de falsos principios de moralidad.<sup>589</sup> Siguiendo a Rosenfeld, se entiende que la heteronomía es tal o ha de definirse como la no autonomía. El principio de ordenación de las relaciones, ligado a la autoridad, impone su modalidad y estatuye los efectos según criterios que tienen en cuenta el interés general y que razonan, por tanto, la obligatoriedad del precepto para todos: personas, grupos, instituciones.<sup>590</sup>

Creemos que en el plano del derecho médico, la conducta del paciente en la mayoría de los casos se torna heterónoma, porque, como dice Weingarten, los límites de la comprensión, su ignorancia científica o los efectos de la enfermedad tornan vulnerable al paciente y son verdaderos obstáculos que cercenan su libertad de elección e inhiben su capacidad volitiva y racional.<sup>591</sup>

---

<sup>589</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentos de una metafísica de la costumbre*. Madrid: Banca Económica Filosófica, 1904, p. 95. *Las ideas de este pensador van a influir notablemente en el fundamento de las normas vinculadas con la autonomía de la voluntad, como señalan Ripert y Boulanger, la filosofía francesa ha sido muy sensible a su influencia. Ha enseñado que la voluntad del hombre hace su ley y esa afirmación ha robustecido la creencia en el valor moral de la teoría de la autonomía de la voluntad.* RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol*. Buenos Aires: La Ley, tomo IV, volumen I, p. 21.

<sup>590</sup> Explica el autor que la heteronomía no puede ser conceptuada bajo el único signo negativo de la limitación; en ella existe una naturaleza propia, que la independiza y la constituye, siendo la raíz última de la heteronomía el principio de autoridad, o sea una extrema reglamentación impuesta a la propia voluntad del individuo por virtud de normas que imperan su mandato. Véase ROSENFELD, Carlos L. "Autonomía de la voluntad y orden público", en *Revista Notarial*, n° 853, p. 2159.

<sup>591</sup> WEINGARTEN, Celia. "Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado", en *Jurisprudencia Argentina*, 1997-1- p. 846. Algunos autores, si bien no ponen de manifiesto dicha posición de manera explícita, no dejan de reconocer el estado de inferioridad técnica en que se encuentra el paciente, y erogan ciertas premisas a tener en cuenta al respecto. Así, Bueres enseña que con miras a la integración del consentimiento, el médico debe explicar al enfermo lo referente a su estado de salud, tratamiento aconsejable, ventajas y desventajas, etc. La información debe adaptarse a las posibilidades de comprensión del asistido, quien por lo general será profano en la materia. Tampoco el consentimiento versará sobre aspectos que hacen a la labor técnica específica del médico, pues ellos son de su resorte exclusivo. BUÉRES, Alberto, *Responsabilidad de los médicos*. Tomo I, p. 204.

## 11.- APLICABILIDAD DEL DERECHO A LA LIBERTAD EN EL PLANO MÉDICO: LA ACEPTACIÓN O EL RECHAZO DEL TRATAMIENTO

Entendemos que la libertad en la elección del acto médico reposa en una idea de aceptación lisa y llana de una opción establecida por el galeno, quien indefectiblemente al momento de exponerla da su opinión en torno a la conveniencia o inconveniencia del tipo de práctica que se trate, exteriorizando sublimemente ante el paciente una posición claramente sugestiva en este último.<sup>592</sup> El fin de ello recae justamente en desvirtuar la patología o dolencia que pesa sobre el enfermo para evitar que conforme al curso ordinario de los acontecimientos se produzca un resultado indeseado. En este sentido, Ghersi explica que todo acto médico interrumpe una causalidad natural patológica (cáncer, traumas de un accidente de tránsito, etc.) y ello entraña, sin duda, riesgo en el actuar de la Medicina (como ciencia) y en el médico como su “aplicador”, de allí que el paciente deba conocer el abanico de posibilidades (desde la no interacción hasta las diversas formas de abordaje médico-asistenciales) y los riesgos que usualmente se conocen y son aceptados por la ciencia médica (esto es, en abstracto y en concreto). Frente a esa información sobre riesgos, el paciente tiene derecho a decidir, pues es el ejercicio del derecho personalísimo sobre su propia vida. El médico debe aceptar esa decisión y documentarse en la historia clínica, que permite la circunstanciación de la hora, día, contexto, entre otras cosas.<sup>593</sup>

Ahora bien, hemos visto los problemas particulares que surgen de la aprobación del tratamiento, pero parece que la cuestión se torna más volátil e imprevista cuando lo que se pone en juego es la posibilidad de no aceptar el criterio del profesional que por el juramento hipocrático debe velar por la mejoría en la salud del individuo. Es decir: ¿qué ocurre cuando el paciente se niega a recibir dicho tratamiento aprobado por la *lex artis*?

---

<sup>592</sup> *La opinión inversa es seguida por gran parte de la doctrina nacional y extranjera, en este sentido Galán Cortez ha dicho que el galeno tiene que revelar al paciente todas aquellas circunstancias que puedan incidir razonablemente en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá informarle sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento, señalando el diagnóstico, pronóstico y las alternativas terapéuticas que existen, con sus riesgos y beneficios. El consentimiento del paciente se extenderá, en cuanto a su validez y eficacia, hasta donde haya sido informado. El facultativo debe poner en conocimiento del paciente la técnica o procedimiento curativo que es utilizado por la ciencia médica dominante y si existen varios métodos o técnicas de tratamiento, también debe informar sobre las posibilidades o alternativas. Cf. GALÁN CORTEZ, Julio. “Estado actual de la responsabilidad civil médica”, en *Revista de Derecho Privado*, p. 1560. Dudamos mucho de la viabilidad de dicha información máxime si, como profesan algunos juristas, este tipo de acto exime en gran medida de la responsabilidad en la que puede estar inmerso el galeno. Como hemos explicado oportunamente, el paciente no se encuentra con posibilidades reales de elegir y mucho menos optar vehementemente por el tratamiento a seguir, porque ello escapa a su radio de acción su conocimiento.*

<sup>593</sup> GHERSI, Carlos A. “El derecho médico y la Corte Suprema de Justicia. Las ‘decisiones’ como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El objeto de conciencia”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Tomo 2000-I, p. 802.

Como dicen Highton y Wierzba, el derecho al rechazo de un tratamiento médico es la contrapartida y, a su vez, la consecuencia natural del consentimiento informado. En efecto: toda vez que se reconozca a los particulares el derecho de ser informados de los aspectos relevantes que hacen a la terapéutica médica que se les propone, y a consentir su aplicación, deberá reconocérseles la facultad de rechazar tal tratamiento. En definitiva, la doctrina del consentimiento informado, lleva ínsita una polémica de carácter ético. La autonomía de la voluntad del paciente para tomar decisiones se ve contrastada con el deber del médico de usar su mejor juicio y habilidad para maximizar la salud de aquel, y el tema llega a su estado más crítico cuando, en situaciones extremas, debe asumirse posición en cuanto a quién tiene derecho a tomar la decisión final, el médico o el paciente.<sup>594</sup> La cuestión denota uno de los puntos más controvertidos en torno al deber de información y al derecho del enfermo. Creemos que la autodeterminación goza del mayor consenso en la actualidad; el derecho a la vida y a la curación son eso justamente: un derecho, no una obligación. Por lo tanto, si bien es loable la obligación del médico de exteriorizar conforme a su ciencia todos los medios necesarios para obtener la curación del paciente, este derecho a la salud cede ante la autonomía de la libertad, la cual si es expresada en una situación de normalidad y con plena competencia es completamente válida para rehusarse incluso a un tratamiento considerado vital, es decir, el derecho a la vida no puede transformarse en una obligación a vivir, el derecho a la salud no puede constituir una obligación a ella, máxime cuando entra en colisión una cuestión trascendental como es la dignidad humana (como en el caso de un sujeto que, por cuestiones religiosas, se niega a un tratamiento médico porque considera que este atenta contra su conciencia).

## 12.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LAS NORMAS IMPERATIVAS

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires dejó delimitado el campo de actuación del consentimiento informado cuando este atenta contra normas de carácter imperativo.

El conflicto se suscita a partir de la conducta de los representantes de un menor, quienes al concurrir a un nosocomio inmediatamente después de producido el alumbramiento del niño (parto domiciliario) se opusieron a que este recibiera las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación que allí pretendieron aplicarle. Adoptaron esa posición debido a su propia visión de la medicina, y a la elección que profesan por los paradigmas del “modelo homeopático”, y en especial, los “ayurvédicos”. En ese contexto, manifestaron haber optado por un modelo

---

<sup>594</sup> HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M. *Consentimiento informado*, p. 192.



básico de inmunización basado en directrices nutricionales, sanitarias y de profilaxis que excluyen preferentemente los procedimientos médicos intrusivos. Se amparaban para justificar la inobservancia del citado calendario, en la exigencia del previo consentimiento informado, el cual han rehusado de modo expreso.

En este marco, el magistrado Genoud expuso que resulta inadmisibile la negativa de los padres de un menor respecto a la aplicación de las vacunas previstas en el régimen de vacunación oficial pues, frente a una norma imperativa (Ley 22909) destinada a prevenir enfermedades que una vez contraídas pueden producir secuelas irreversibles, aquellos no pueden exponer a sus hijos a padecerlas por una elección que excede el ejercicio de la autoridad parental.

En ese orden argumental, De Lazzari consideró que debe hacerse lugar al reclamo formulado por un asesor de incapaces a fin de que se obligue a los padres de un menor a cumplir con el Plan de Vacunación Oficial, pues esta es la solución más compatible con el interés superior del niño.

Por su parte, el magistrado Negri sostuvo que debe rechazarse la pretensión del asesor de menores tendiente a que se obligue a los padres de un menor a vacunar a su hijo, pues los riesgos que exhibe la negativa familiar fundada en la elección que profesan por los paradigmas de la medicina homeopática no parecen ser mayores a los que pudiesen provenir de la aplicación compulsiva de la solución contraria.<sup>595</sup>

### 13.- EFICACIA DEL ASENTIMIENTO PRESTADO

Ello nos lleva a sostener, con Weingarten, que el consentimiento del paciente se encuentra sumamente relativizado, y por ende su eficacia jurídica, muy limitada, especialmente cuando se lo desea imponer como eximente de una eventual responsabilidad.<sup>596</sup>

Como enseña Ghersi, es claro que la persona jurídica (centro de imputación) como ser humano (centro de decisiones por razonabilidad) ejerce determinados derechos personalísimos (art. 19 CN y 1071 bis CC), como el derecho a la vida (premisa), a la salud y disposición del propio cuerpo (derivados), en donde la otra persona jurídica y profesional (médico), previo a cumplir con su obligación de informar los riesgos documentadamente (historia clínica), debe aceptar que la decisión del paciente se haga con aptitud reflexiva y siendo mayor de edad (o, en

---

<sup>595</sup> *Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, 06/10/2010, N.N. o U., V. Protección y guarda de personas, La Ley Online; AR/JUR/58570/2010. Con igual tesis, ver: Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 1 de Transición de Mar del Plata, "Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)", 09/05/2005, LLBA 2005 (julio), 641, con nota de Augusto M. Morello, Guillermo C. Morello; AR/JUR/900/2005.*

<sup>596</sup> WEINGARTEN, Celia. *Op. Cit.*, p. 47.

caso contrario, será tomada por los representantes legales). Continúa aseverando el autor que esta situación es apta en sí misma como justificante de la conducta omisiva del médico (art. 34 CP), y cuya prueba le es o será requerida y deberá estar en la historia clínica suscripta por el paciente o sus representantes legales, por consiguiente, no es necesaria ninguna autorización judicial.<sup>597</sup>

#### 14.- MARCO NORMATIVO DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En numerosos pactos y tratados con jerarquía constitucional hemos encontrado normas aplicables al tema de estudio. Entre ellos, creemos sumamente importante mencionar la "Convención sobre los Derechos del Niño", de 1989. Dicha normativa resulta aplicable a la cuestión que nos ocupa en razón de la remisión que efectúa nuestro codificador civil en materia de incapacidad de los mayores a la incapacidad de los menores.

En cuanto a las "Declaración Universal de Derechos Humanos" y "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", ambas de 1948, sus disposiciones son derecho vigente argentino. De su simple lectura surge nuestro convencimiento indubitable de que el derecho a disponer para la propia eventual incapacidad, tanto en los aspectos personales como en los patrimoniales, tiene sólida raigambre constitucional.<sup>598</sup>

En este sentido, explican De Brandi y Llorens, es de trascendental importancia manifestar la validez del consentimiento dado en una situación alejada de presiones y nerviosismos propios de una decisión urgente. Así, la "Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de la Dignidad del Ser Humano frente a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina", en su capítulo segundo, reconoce la fuerza vinculante de los deseos anticipados manifestados por el paciente que no está en condiciones de expresar su voluntad al momento de la respectiva intervención médica.<sup>599</sup>

Considera Kraut que en nuestra legislación no existen normas específicas reguladoras del derecho a la información en el ámbito de la asistencia médica, por lo que debe encontrarse su fundamento en el principio de la buena fe y en preceptos constitucionales, tales como el principio general de la libertad del individuo.<sup>600</sup> Sin embargo, esta aseveración ha quedado caduca ante la reciente sanción de la Ley 26529.

---

<sup>597</sup> GHERSI, Carlos A. *Op. Cit.*, p. 803.

<sup>598</sup> DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio. *Op. Cit.*, p. 125.

<sup>599</sup> DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio. *Op. Cit.*, p. 118.

<sup>600</sup> KRAUT, Alfredo J., "Médicos y deber de información: responsabilidad civil en caso de incumplimiento", en *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001, p. 1596.

Como ya hemos dicho, la Ley 17132 –todavía vigente– da también una pauta específica respecto del deber de informar que pesa sobre el médico, en cuanto dispone su art. 19 inc. 3 que los profesionales de la salud (médicos, odontólogos y demás colaboradores) deben “respetar la voluntad del paciente”, es decir, que debe requerirse el consentimiento de los pacientes o sus representantes como paso previo a la realización de un procedimiento, debiendo prestarse por escrito cuando se trata de una operación mutilante.

En igual sentido, la Ley Básica de Salud, en su capítulo 2 referido a Derechos y obligaciones de las personas, enumera y menciona en su art. 4 el respeto a la personalidad, dignidad e identidad individual y cultural; la no discriminación; intimidad, privacidad y confidencialidad; el acceso a la historia clínica y a la información; la no interferencia ajena en la atención e información; la libre elección del profesional, de ser posible; un profesional para comunicarse cuando se actúe en equipo; el consentimiento informado para las prácticas terapéuticas, y además fehaciente para la docencia e investigación, entre otras cosas.<sup>601</sup>

Si bien esto escapa al tema de investigación, creemos necesaria una unificación en la legislación, habida cuenta de que existen ciertas leyes dispersas que se superponen con otras y crean cierta inseguridad jurídica. Consideramos que, al tratarse de un tema de fondo, no debe ser así; por el contrario, es necesario un cuerpo legislativo homogéneo. Como explica Rabinovich Berkman, en las materias de fondo, las leyes locales, en tanto se encuentran con las federales (sea que coincidan en todo o en parte en las soluciones, o que discrepen), habrán de considerarse derogadas, porque en estos aspectos delegados las provincias solo conservan el poder de legislar en tanto y en cuanto la nación no lo haga.

¿Qué beneficios surgirían de ello? Ante todo, la unidad normativa, que en un país como el nuestro, con gran movilidad demográfica y extrema debilidad de fronteras internas, es muy importante.<sup>602</sup>

## 15.- VALIDEZ JURÍDICA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

En la doctrina extranjera –incluso en la americana, a la que se le atribuye el nacimiento y desarrollo de esta teoría–, el consentimiento otorgado por el paciente, en realidad no tiene el mismo alcance y validez jurídica que el que se le pretende otorgar en nuestro país.

En este sentido, se afirma que la aptitud para consentir involucra al mismo tiempo cuestiones sociales, médicas y jurídicas. No se trata de un concepto rígido, pues

---

<sup>601</sup> El Decreto 208/2001 ha reglamentado ampliamente dicha disposición, texto según el art. 1, Decreto 2316/2003.

<sup>602</sup> RABINOVICH BERKMAN, R. *Op. Cit.*, p. 297.

escapa a una definición estricta, y tampoco es un criterio invariable, ya que debe ser analizado en el particular contexto y situación en que se encuentra el individuo.<sup>603</sup> Por lo tanto, el consentimiento informado se transforma en una mera pauta de interpretación de la cual el juez se puede nutrir al momento de considerar una determinada situación de praxis médica. Lo que sí es seguro, es que ante la ausencia del mismo se evidencia en torno al galeno un incumplimiento de la obligación determinada, que si a su vez ocasiona un daño constituye una prueba candente de la deficiente praxis médica.

## 16.- LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

El acto humano, de acuerdo con Alterini, López Cabana y Ameal, debe haber sido conforme a la experiencia, propio para producir el resultado.<sup>604</sup> En este sentido, el consentimiento informado, en cuanto a su exactitud, alcance y circunstancias opera bajo las mismas reglas.

Sabido es que el médico debe informar sobre riesgos normales,<sup>605</sup> previsibles, de común ocurrencia, según las estadísticas, experiencia médica habitual en la especialidad e investigaciones existentes sobre el tema, condiciones de salud del paciente que lo hagan propenso a determinado riesgo.<sup>606</sup>

De este modo, se irrumpe con la relación causal si el médico procura del paciente un consentimiento informado acerca de los riesgos previsibles según la experiencia médica habitual y las condiciones de salud del paciente que lo hagan propenso a determinado riesgo, como también cuando la falta de información no se configura como un hecho determinante en la producción del resultado no pretendido. En este marco, la Cámara Civil y Comercial de San Isidro resolvió que es improcedente la acción de daños y perjuicios incoada contra el médico y el establecimiento asistencial con fundamento en la falta de información sobre la posibilidad de que la operación a la que fue sometido el paciente no tuviese el resultado esperado,

---

<sup>603</sup> WEINGARTEN, Celia. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>604</sup> ALTERINI, A. A., LÓPEZ CABANA, R. M., AMEAL, O. J. *Derecho de las Obligaciones Civiles y Comerciales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2a edición, p. 233.

<sup>605</sup> La Sala A de la CNCiv expuso que la falta de consentimiento informado no implica la procedencia automática de una pretensión indemnizatoria, pues el deber del facultativo se cumple si hace saber los riesgos normales y propios de la intervención indicada –en el caso, extracción dentaria– sin necesidad de informar otros riesgos conexos o contingentes –en el caso, quiste contiguo a la pieza dentaria que se proyectó extraer– si se trata de intervenciones sencillas o de un riesgo muy improbable y nunca relativo a la vida del paciente, a quien no hay que perturbar con peligros muy lejanos. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 22/03/2007, “Sussi, Silvia Beatriz c. Cemod”. AR/JUR/5614/2007.

<sup>606</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 25/07/2008, “A., G.N. c. G., P. M.”, AR/JUR/6638/2008.

pues más allá de que suscribió el formulario donde se informan los riesgos de la operación, no se acreditó que la falta de información adecuada hubiera sido determinante para el sometimiento del paciente a dicha operación.<sup>607</sup>

Entonces, explica Prevot, ante la falta de consentimiento informado, el problema se plantea en términos de “daño resarcible” y “nexo causal”, y entiende el autor que es menester evaluar las siguientes hipótesis:

1. De haber recibido la información, el paciente habría optado por el tratamiento o intervención.
2. De haber recibido la información, el paciente habría optado por la no operación o terapia, no obstante que a la postre se ejecutó y de manera diligente.
3. El paciente no recibió la información y la intervención se ejecutó, aunque en forma imperita.<sup>608</sup>
4. Y nosotros agregamos: el paciente recibió la información pero el médico se extralimitó en su accionar.

Desde nuestro aporte, hemos encontrado los siguientes casos jurisdiccionales que hacen alusión a las hipótesis planteadas precedentemente.

Con relación al primer supuesto, la Sala B de la Cámara Civil consideró que resulta procedente la indemnización por pérdida de chance reclamada por los actores, pues el fallecido, ante la omisión del galeno demandado de realizar debidamente el consentimiento informado, no tuvo la posibilidad de decidir no hacerse el tratamiento quirúrgico sugerido y evitar los graves riesgos que existían de que perdiera su vida en ese acto.<sup>609</sup>

Con relación al segundo supuesto, la Corte Suprema de Justicia entendió que dado que el consentimiento informado tiene como núcleo de su razón de ser posibilitar que el paciente ejercite libremente su voluntad de someterse o no a determinada práctica médica, la responsabilidad que genera el incumplimiento de ese recaudo se asienta en la afirmación de que, de haber conocido los riesgos,

---

<sup>607</sup> *Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, 24/10/2007, “Fumasoni, Rosa Celia c. Gobierno de la Pcia. de Bs. As. y otro”, LLBA 2007 (diciembre), 1295, AR/JUR/6602/2007.*

<sup>608</sup> *Sin embargo, pone de resalto el jurista entrerriano que en cuanto a la existencia de un “vínculo causal” entre la falta de consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente, es frente al supuesto contemplado bajo el acápite 2, que se abre un abanico de posibilidades solutivas, tales como: la teoría de la equivalencia de condiciones (Castaño de Restrepo), la doctrina de la pérdida de una chance (Vázquez Ferreira, Calvo Costa) la tesis de la imputación objetiva (Pantaleón Prieto, De Ángel, Yaguez), las que se inclinan por aplicar estándares de carácter objetivo y/o subjetivo para evaluar los alcances del nivel de revelación esperando en estos supuestos (Gamarra, Highton y Wierzba). Ver PREVOT, Juan Manuel. *Op. Cit.*, p. 98.*

<sup>609</sup> *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 18/03/2008, “S. de Del M., E. R. y otros c. G., M. A. y otro”, La Ley Online; AR/JUR/2322/2008.*

el paciente no se habría sometido a ella, y debe integrarse con los elementos objetivos que indican el estado clínico del paciente y con la evaluación de los medios técnicos alternativos existentes para el diagnóstico y tratamiento, todo lo cual remite a la configuración del marco de opciones con las que cuenta el paciente frente a la propuesta profesional.<sup>610</sup> Por su parte, la Sala B de la Cámara Civil dijo que cabe responsabilizar a los médicos codemandados por los daños provenientes de la intervención quirúrgica practicada a un paciente –en el caso, fue sometido a una cirugía de hipospadias–, pues, la ignorancia y el desconocimiento de este último acerca de todos aquellos peligros derivados de la práctica lo privaron de la oportunidad de analizar en profundidad el paso que estaba por dar y al mismo tiempo buscar asesoramiento para el abordaje de otras variantes.<sup>611</sup>

Con relación al tercer supuesto, se dispuso que corresponde responsabilizar al médico demandado por las lesiones neurológicas sufridas por un paciente en virtud de la realización de un estudio ordenado por dicho profesional, toda vez que este no cumplió con el principio de beneficencia, al encomendar un método de diagnóstico invasivo y con posibles efectos nocivos en lugar de otro inocuo. En el caso, se realizó una mielografía cuando era más recomendable una resonancia magnética, y se privó al actor de tomar una decisión basada en el libre ejercicio de su autonomía al no cumplir con el deber de suministrar el pertinente consentimiento informado.<sup>612</sup>

Sobre el cuarto supuesto, se dijo que el médico cirujano demandado traspasó los límites del consentimiento informado cuando al realizar una biopsia para determinar la histología de un tumor, trató de extraerlo en su totalidad al advertir que no podía seccionarlo para obtener la muestra, pues aun cuando el paciente era médico y sabía las consecuencias que traía aparejada la extracción del tumor, de haber optado por ello, lo hubiera acordado expresamente con el demandado.<sup>613</sup>

---

<sup>610</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/2008, “Godoy, Aguirre Marta c. Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina y otro”, *La Ley Online*; del voto en disidencia de los Dres. Highton de Nolasco y Petracchi.

<sup>611</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 20/09/2005, “N., N. M. c. R., A. y otro”, RCyS 2006, 840, AR/JUR/6152/2005. *Idem* CNCiv, Sala I, “C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro”, 25/08/2005, RCyS 2005-XII, 86.

<sup>612</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala B, 01/05/2007, “Loiacono, Carlos A. c. Rolandelli, Pablo F. y otros”, AR/JUR/3384/2007. *Idem* CNCiv, Sala E, “B. de L., A. N. c. C., M. y otros”, 07/06/2006, *La Ley* 05/09/2006, 5 - LA LEY 2006-E, 255; Sala G, “S., S. W. c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otros”, 01/04/2003, DJ 2003-2, 997.

<sup>613</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, 25/08/2005, “C., P. L. y otros c. C., A. G. y otro”, RCyS 2005, 1318 - RCyS 2006, 367, con nota de Sandra Wierzba; AR/JUR/3965/2005.

## 17.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO OBLIGACIÓN DE RESULTADO

En cuanto a la carga de la prueba del consentimiento informado, expone Compiani, se han planteado multiplicidad de opiniones dispares acerca de quién debe probar la observancia o la inobservancia del deber de información. El abanico de posiciones encuentra en un extremo a quienes piensan que la prueba del incumplimiento del deber de información recae sobre el actor, por lo menos, como principio. Ello es así en consonancia con las reglas generales de la carga de la prueba de la culpa en materia de responsabilidad médica.

En el otro extremo, se encuentran quienes sostienen que la carga de la prueba, de haber brindado información adecuada, debe recaer sobre el profesional médico, por resultar el deber de información un elemento esencial del negocio jurídico en cuestión y encontrarse este en mejores condiciones de probar la conformación del consentimiento.<sup>614</sup>

Con relación a la primera tesis, ha dicho la jurisprudencia que el incumplimiento de la obligación de hacer a cargo del profesional médico solo se prueba demostrando la culpa, y esto se encuentra a cargo del paciente, debiendo exigírsele a él la justificación de que no ha existido consentimiento informado, especialmente cuando el actor conocía perfectamente la gravedad de su estado de salud y, por ende, los riesgos que la actividad médica implicaba.<sup>615</sup>

No consideramos atinada dicha postulación por los argumentos que expondremos a continuación.

La cuestión surge en determinar qué carácter tiene esa obligación, si se trata de una obligación de diligencia de prudencia o de medios; o si, por el contrario, es una obligación determinada o de resultado.<sup>616</sup> En ambos casos, las consecuencias jurídicas

---

<sup>614</sup> COMPIANI, María Fabiana. "Las dificultades de la prueba en los juicios de mala praxis médica", en *La Ley* 2007-A, 467- Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, p. 625. CALVO COSTA, Carlos A. "Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y a las presunciones hominis en materia probatoria", *RCyS*, 2004-387. *CNCiv*, Sala D, 09/03/2004, "F. M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica", *RCyS*, 2004-388.

<sup>615</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, 31/10/2006, "Lorenzatti, Oscar A. c. Instituto Municipal de Obra Social", *La Ley Online*; *AR/JUR/10/2006*. *Idem* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, "T., C. c. Federación Médica Gremial de la Capital Federal y otros", 2003/07/11, *La Ley Online*.

<sup>616</sup> Explica Picasso que esta clasificación nace con Demoge, y su cabal importancia radica en el campo probatorio, puesto que el autor afirmaba que para determinar a quién se le impone la carga de la prueba de la culpa, habrá que establecer si la obligación incumplida es de medios o de resultados. En el primer caso, se requerirá que sea el acreedor (o más genéricamente la víctima del daño) quien demuestre que el sindicado como responsable ha actuado negligentemente, mientras que en las obligaciones de resultado, la culpa se presume, siendo el obligado quien se hallaría precisado de demostrar su falta de culpa. En cuanto a la esfera de aplicación de dichos criterios, Demoge considera que aun en el campo extracontractual pueden encontrarse supuestos en donde la ley va más allá de ordenar una conducta diligente, y exige un determinado resultado. PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, 1996, tomo II, p. 716.

difieren notablemente, en este orden de ideas, siguiendo a Mazeaud y Chabas, se puede decir que, si la obligación es determinada, y el resultado no ha sido obtenido se debe probar que la inejecución proviene de una causa que le es extraña.<sup>617</sup>

En estas obligaciones, apuntan Trigo Represas y López Mesa, con prescindencia de la fuente que la origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor.<sup>618</sup> Si la obligación que pesa sobre el deudor es la de conducirse con prudencia o diligencia, hay que demostrar que este no se ha comportado con la diligencia y prudencia a las cuales está obligado. La prueba de una imprudencia o negligencia del deudor está a cargo del acreedor,<sup>619</sup> como dicen los maestros franceses Mazeaud y Chabas, el interés práctico de la distinción es capital en el campo de la prueba.<sup>620</sup>

El art. 6 de la Ley 26529 dispone que “toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente”. No caben dudas de que se trata de una obligación de resultado, en los términos de los hermanos Mazeaud, una “obligación determinada”.

En este sentido, Bueres explica que el deber de conducta secundario, en relación con la obligación principal de prestar el servicio de salud, destinado a evitar que los pacientes sufran daños corporales, ya sea por la producción de accidentes o bien por cualquier otra circunstancia, configura una obligación de resultado,<sup>621</sup> ya

<sup>617</sup> MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD, León, CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Zavalia. 1997, tomo I, p. 26.

<sup>618</sup> TRIGO REPRESAS, Félix A., LÓPEZ MESA, Op. Cit., tomo II, p. 751.

<sup>619</sup> MAZEAUD y CHABAS. *Op. Cit.*

<sup>620</sup> *Idem*, p. 27. *Si bien este ha sido el criterio prevaleciente durante siglos en el derecho comparado, en especial en la doctrina francesa, cada vez con más fuerza se proyecta una consideración diferente en torno a la cuestión, algunos autores consideran que la distinción influye exclusivamente en el factor de atribución, subjetivo en las obligaciones de medio y objetivo en las obligaciones de resultado, en este sentido dice el notable profesor Picasso, sabido es que la formulación del distingo entre obligaciones de medios y de resultados desempeñada por Demoge nació precisamente para responder a esa cuestión (carga de la prueba), y así fue trabajada durante mucho tiempo por la doctrina comparada. Pese a esta afirmación, el jurista considera que la utilidad del distingo en lo que hace a la distribución de la carga de la prueba resulta ser actualmente escasa, y que su función principal radica en constituir una verdadera divisoria de aguas en lo que hace al factor de atribución de la responsabilidad aplicable. PICASSO, Sebastián. “La culpa y el incumplimiento en las obligaciones de medios”, en Revista La Ley. Tomo 2000-C. Sección Doctrina. Buenos Aires. 2000, pp. 995/6.*

<sup>621</sup> BUÉRES, Alberto. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Ábaco, 1979, p. 440. *Ello es así porque como sostiene una calificada doctrina, el consentimiento informado constituye un requisito insoslayable de todo tratamiento o intervención que encare el profesional. El sustento de esta afirmación reside en el derecho que asiste a todo sujeto a decidir sobre el porvenir de su entidad psicofísica. TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. Op. Cit., pp. 316/322; COMPLANI, María Fabiana. “Las dificultades de la prueba en los juicios de mala praxis médica”, La Ley, 2007-A, p. 467; LÓPEZ MESA, Marcelo J. “Pacientes, médicos y consentimiento informado”, La Ley, 2007-B, 867; KRAUT, Alfredo Jorge. *Responsabilidad profesional de los psiquiatras*. Buenos Aires: La Rocca, 1991, p. 159.*



que no existe aleatoriedad alguna en relación a la conducta impuesta por la ley que prescribe la mencionada diligencia.<sup>622</sup>

El principal efecto que ello conlleva es la inversión de la carga de la prueba, porque en definitiva el galeno se encuentra en mejor posición de acreditar si ha cumplido dicho recaudo, máxime teniendo en cuenta que ello no le causa ningún agravio, porque como dice Morello, nadie puede sentirse afectado si, por encontrarse en las mejores aptitudes de conocimiento técnico y haber actuado de modo gravitante en el evento de que se trata, se le reputa estar en posición para satisfacer la demostración pertinente.<sup>623</sup>

Como se ha sostenido, bajo la doctrina del consentimiento informado, el médico es responsable aun cuando se halla libre de negligencia en el tratamiento del paciente, cuando ha actuado sin el consentimiento del enfermo o más allá del consentimiento dado, o cuando actuó no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que este pudiera decidir si quería someterse al mismo.<sup>624</sup>

Es decir, aun cuando el profesional no hubiese incurrido en negligencia o torpeza, puede igualmente generarse responsabilidad por los daños, si el médico hubiese actuado sin el consentimiento informado. Desde esta óptica, el concepto de mala praxis médica incluye no solo la negligencia o la torpeza en la realización del tratamiento o práctica, sino también su realización sin haberle anticipado al paciente los datos suficientes para que este pudiese prestar su consentimiento informado.<sup>625</sup> Con similar concepción, la Corte de Casación de Italia dijo que la diligencia o no en la ejecución del tratamiento (terapéutico radiante) no reviste implicancia alguna a los fines de tener por constatada la violación del consentimiento informado. Esto es así puesto que la conducta dañosa subsiste por la sencilla razón de que el paciente, a causa del déficit de información, no ha sido puesto en su condición de asentir libre y voluntariamente su tratamiento con plena y cabal conciencia de las posibles consecuencias nocivas que este le pueda acarrear. Por consiguiente, en el plano del daño consecuencia, constatado el solo

---

<sup>622</sup> En este sentido se ha sostenido como criterio para diferenciar una obligación de medios de una de resultados, que "el parámetro de separación entre una y otra clase es la aleatoriedad del resultado". TRIGO REPRESAS, Félix A., LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Op. Cit.* Tomo II, p. 739. Empleando la terminología de Picasso, habría aquí una violación a un deber impuesto por la ley, el cual consiste, en este caso, en el deber de informar que emana de la Ley 26529. PICASSO, Sebastián. *Op. Cit.*, p. 716 (nota al pie).

<sup>623</sup> MORELLO, Augusto. "La Responsabilidad civil de las profesiones liberales y la prueba de la culpa", *La Ley*, 1988-E, 896; en igual sentido, LORENZETTI, Ricardo. "La responsabilidad civil del médico en el Proyecto de unificación de la legislación civil y comercial", en *La Ley*, 1988-B, 904. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, 03/08/2009, "Cibert, Nilda del Carmen c. Appiani, Erdulfo y otros", *La Ley Online*.

<sup>624</sup> VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. *Op. Cit.*, p. 998.

<sup>625</sup> CNCom, Sala D 2004/06/02 "G. de A. M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica", *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, año VI N° X, nov. 2004, p. 43.

empeoramiento de la salud e integridad física del paciente, es del todo indiferente indagar acerca de la debida ejecución de la prestación terapéutica.<sup>626</sup>

Ahora bien, esa omisión debe encontrarse en relación de causalidad adecuada con el daño que se le provoca al paciente, el cual siempre debe ser probado por quien pretende su reparación.

Es decir, siendo el consentimiento informado, como hemos dicho, una obligación de resultado, pesa sobre el galeno el deber de acreditar su cumplimiento porque se produce una mutación en el peso de la carga probatoria, pero incumbe a la víctima la prueba de la existencia del daño, como asimismo de los demás presupuestos de la responsabilidad, aun cuando este devenga de la omisión del galeno y sea extrapatrimonial.

En este sentido, la Sala C de la Cámara Civil entendió que la circunstancia de que el médico que realizó el implante de una prótesis mamaria que presentó una fisura, y ello provocó que se desinflara, hubiera incumplido su obligación de obtener el consentimiento informado de la paciente, no genera per se responsabilidad, si al mismo tiempo no se configuran, derivados de aquella omisión, los restantes requisitos de la responsabilidad.<sup>627</sup>

Si bien normalmente, como señalan Highton y Wierzba, la responsabilidad de un médico en tratamientos por él administrados se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos, bajo la doctrina del consentimiento informado se puede llegar a cuestionar a un médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, más habiendo actuado sin el consentimiento del enfermo, o más allá del consentimiento dado; o cuando actuara no habiendo informado al paciente acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que este pudiera decidir si quería someterse al mismo.<sup>628</sup>

Para Weingarten, la información constituye en sí misma un resultado que debe acreditar el profesional, en el caso contrario existirá una presunción de incumplimiento, acarreando responsabilidad subjetiva (art. 512 y 520 CC).<sup>629</sup> Si bien coincidimos con la primera parte de la aseveración de la autora, nos atrevemos a disentir con esta última propuesta, habida cuenta de que creemos que el carácter de obligación de resultado modifica el factor de atribución, objetivándolo por completo.

---

<sup>626</sup> Corte de Casación de Italia, sección III civil, 14/03/2006, N° 5444, La Ley 23/08/2006, 7, con nota de Juan Manuel Prevot; La Ley 2006-E, 95, con nota de Juan Manuel Prevot; AR/JUR/1358/2006.

<sup>627</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 26/06/2008, "L. L., M. Y. c. Medic S.A. y otros", La Ley Online; AR/JUR/9233/2008.

<sup>628</sup> HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad Hoc, p. 14. CNCiv, Sala G. En autos: "T., S. A. v. S. A., E. y otros", expte. n° 105.105/2003. 21/11/2008. Ed. Lexis Nexis n° 70051632.

<sup>629</sup> WEINGARTEN, Celia. *Op. Cit.*, p. 53.

## 18.- LA URGENCIA COMO EXIMENTE DE LA OBLIGACIÓN DE OBTENER EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El art. 9 de la Ley 26529 prescribe que “el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) cuando mediare grave peligro para la salud pública; b) 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”. Asimismo, dispone que “las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo”.

En determinadas circunstancias, el galeno puede intervenir eximido del deber de informar; como afirman Highton y Wierzba, se considera que el médico puede actuar sin el consentimiento informado del paciente, cuando las circunstancias extremas del caso así lo justifiquen. La emergencia desplaza la necesidad del consentimiento informado, por cuanto generalmente involucra cuestiones de vida o muerte. Y al hallarse en juego la posibilidad de supervivencia de la persona, tratándose de momentos en que es difícil comprender explicaciones o tomar decisiones, tendría poco sentido detener la acción médica para discutir aspectos relacionados con la libertad personal y el destino del propio cuerpo. Las situaciones de urgencia justifican que se dé preeminencia al valor vida por sobre el valor libertad, pues aquel es requisito para que pueda existir este último.<sup>630</sup>

## 19.- LA PROCEDENCIA DEL DAÑO MORAL

Desde ya hace un tiempo, enseña López Mesa, se pasó de un abordaje del daño que ponía el énfasis en el daño patrimonial a otro que contemplaba también el daño moral, como un paso más en la búsqueda de la reparación integral del daño a quien lo ha sufrido. El hombre espreciado como persona de manera integral, vale por lo que es y no por lo que tiene.<sup>631</sup>

El contrato médico descansa en una sólida base de conocimiento y depósito de expectativas recíprocas entre el médico y el paciente, como dice Weingarten, se trata de un típico contrato de confianza. Esta confianza impone un comportamiento ético, una conducta ajustada a la buena fe que el derecho debe proteger, de allí que el incumplimiento del deber de información implique una defraudación a la confianza depositada en el profesional que puede causarle al paciente un daño moral reparable, con independencia del daño económico, dada la autonomía de

---

<sup>630</sup> HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M. *Op. Cit.*, p. 203.

<sup>631</sup> LÓPEZ MESA, Marcelo. *Curso de las obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 66.

ambos (art. 522 CC).<sup>632</sup> Coincidimos con Prevot en creer que el exponer al paciente a tratamientos terapéuticos sin previa información de los riesgos inherentes al mismo, le ocasiona en principio un daño no patrimonial.<sup>633</sup>

En este sentido, la Sala D de la Cámara Civil consideró que el médico que extirpó a la actora un ovario que contenía un quiste benigno debe afrontar la indemnización del perjuicio moral que le causó dicha práctica realizada sin su consentimiento informado, pues según las probanzas de la causa pudo existir la posibilidad de que salvase su ovario y de que se le extrajera solo el quiste, pero fue privada de la opción de acudir a otro profesional para que se le conservara el ovario por la ausencia de una adecuada información sobre la intervención.<sup>634</sup> Asimismo, en Córdoba se responsabilizó al médico demandado por el daño moral causado al paciente que padece impotencia sexual luego de un tratamiento que podía provocarle efectos colaterales, en tanto al momento de ofrecerle la terapéutica –en el caso, aplicación de inyecciones de una sustancia vasoactiva– omitió brindarle la información detallada acerca de los riesgos y complicaciones que podían sobrevenir.<sup>635</sup>

## 20.- COLOFÓN

Como dice Highton, todos los médicos y hospitales aceptan que un paciente puede rechazar el procedimiento al que se lo quiere someter si de ello depende una mejoría o un bienestar o cierto beneficio razonable en su estado físico, pero también a todos se les queman los libros cuando hay verdadero riesgo de vida y el enfermo se niega a tratarse. Este dilema constituye la prueba de fuego de la idea de la libertad y autodeterminación de la persona, que representa la base de la doctrina del consentimiento informado.<sup>636</sup>

El tema del consentimiento informado, lejos de estar agotado y superado, día a día nos presenta nuevas aristas y perspectivas. Los conflictos que con el tiempo se van superando por un consenso doctrinario y jurisprudencial asumido, dan asimismo lugar a nuevos interrogantes que, en definitiva, enriquecen un tema candente y temerario como es la salud y la relación entre quien tiene a su cargo la dura misión de tratar de preservarla o cuidarla y quien por esos destellos del destino se encuentra en la difícil situación de carecer de ella.

<sup>632</sup> WEINGARTEN, Celia. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>633</sup> PREVOT, Juan Manuel. *Op. Cit.*, p. 99.

<sup>634</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, 09/03/2004, "F., M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica", RCyS 2004, 388, con nota de Carlos Alberto Calvo Costa; AR/JUR/153/2004. *Idem* CNCiv, Sala M, "B. de K. S., G. H. c. G., J. A. y otros", 2002/09/16, *La Ley*, 2003-B, 316.

<sup>635</sup> Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 27a Nominación de Córdoba, 21/02/2003, "N.N. c. Sociedad de Beneficencia Hospital Italiano de Córdoba y otro", LLC 2003 (junio), 533, con nota de Federico C. Tallone; AR/JUR/350/2003.

<sup>636</sup> HIGHTON, Elena I y WIERZBA, Sandra M. *Op. Cit.*, p.192.

Hemos desarrollado hasta aquí los aspectos puntuales sobre los cuales recaen, desde nuestra humilde posición, los aspectos más conflictivos del tema investigado; nos proponemos en este cierre dejar plasmada una óptica personal en torno a cada una de las cuestiones analizadas para luego responder a nuestra hipótesis inicial de una manera más acabada.

En cuanto a la capacidad, no creemos necesario acudir a la rigidez de los preceptos comprendidos en nuestra normativa civil, porque consideramos que la posibilidad del entendimiento de un determinado tratamiento es una cuestión intelectual que en nada se relaciona con la edad biológica; el déficit reposa en otros aspectos que no tienen que ver con la cronología del sujeto sino con su aptitud, la cual, como hemos expuesto, en la mayoría de los casos se torna insuficiente para obtener el verdadero fin.

En relación a la forma y prueba, consideramos que el principio es que no se exige formalidad especial para la exteriorización del consentimiento informado; es más, en muchos de los casos este se desarrolla de manera completamente informal. Solo en determinados supuestos la ley lo exige bajo la escritura. No obstante ello, es de buena praxis médica dejarlo instrumentado de esta última forma, habida cuenta de que ello constituirá una prueba cabal al momento de desvirtuar una potencial demanda de daños contra el galeno.

Con miras a la relación jurídica existente, entendemos que la relación médico-paciente se desenvuelve en un plano contractual en donde una de las partes se encuentra en una situación de desprotección jurídica o debilidad porque su voluntad solo se remite a aceptar o rechazar una serie de alternativas médicas, de las cuales en la mayoría de los casos desconoce sus efectos y consecuencias. Desde esta perspectiva, decimos que existe por parte del paciente un asentimiento al tratamiento elegido por el médico al cual difícilmente el primero se puede contraponer.

Por último, creemos que hemos probado nuestra hipótesis de investigación, la cual considera que el consentimiento informado en el derecho argentino constituye para el galeno una obligación de resultado. Si bien durante el desarrollo del presente trabajo hemos dejado plasmada nuestra posición al respecto, entendemos que la misma ha quedado acreditada a través de las siguientes premisas.

Por un lado, no caben dudas de que se configura una obligación de resultado dentro de la obligación genérica del galeno, que es de medios. Es decir, la obligación de curar o tratar a un paciente constituye una obligación de medios, cuya principal consecuencia jurídica recae en la posibilidad de eximirse de responsabilidad demostrando un obrar diligente y prudente en su accionar; en definitiva, probando que la praxis se ha ajustado a la *lex artis*.<sup>637</sup> Pero dentro de la obligación genérica

---

<sup>637</sup> Con relación la *lex artis*, sus características salientes fueron puestas de resalto en fallo español, donde se resolvió que: a) Como tal, *lex* implica una regla de medición o de conducta a tenor de unos baremos que valoran la citada conducta; b) Su objetivo es, naturalmente, valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida. O sea, que esa actuación médica resulte adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profes-

del médico que, como dijimos, es de medios, existen pequeñas obligaciones de resultado, entre ellas la de brindar información y luego de ello que el paciente acepte el tratamiento. Esta especie de prestación, como ya hemos visto, no puede ser desvirtuada demostrando un accionar diligente sino probando el efectivo resultado. Creemos, con Garrido Cordobera, que la responsabilidad civil se encuentra en una etapa de revisión, en donde se observa una mayor consideración y reconocimiento de los derechos de los débiles jurídicos.<sup>638</sup> En estos supuestos parece indiscutible que la posición de minusvalía jurídica la detenta quien se encuentra privado de su salud y en manos de un tercero que va a decidir su destino.

Por otra parte, en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos y a consecuencia de que el deber de los facultativos, por el común, es de actividad, pesa sobre el paciente la prueba de la culpa<sup>639</sup>, pero dado el carácter de obligación de resultado que propugnamos resulta menester señalar que se produciría en este marco una inversión de la carga de la prueba, debiendo el profesional médico acreditar el cumplimiento de dicha diligencia.

---

sionales en casos análogos; c) Técnica, en el sentido de que los principios o normas de la profesión médica, en cuanto ciencia, se proyectan al exterior a través de una técnica, y según arte personal de su autor; o profesionalidad: el autor o afectado por la lex es un profesional de la medicina; d) El objeto sobre el que recae, o especie de acto (clase de intervención, medios, asistencias, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución, etc.); e) Concreción de cada caso o presupuesto ad hoc. Pues, así como en toda profesión rige una lex artis que condiciona la concreción de su ejercicio, en medicina, esa lex, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán –en un sentido o en otro– los factores antes señalados. Véase la citada obra de López Mesa, en la que cita la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4º, 09/10/2001, Sent. nº 587/2001, ponente: Sr. D. Moisés Lazuen Alcón, AC 2001/2535, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de España del 29/06/1990 (RJ 1990/4945) y del 11/03/1991 (RJ 1991/2209); y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, 08/06/2010, “Carmona, Alberto c. ESMINSA Asistencia Empresaria S.A.”, La Ley Online; AR/JUR/27786/2010.

<sup>638</sup> GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. “Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad”, en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1990-III, p. 189.

<sup>639</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. “Prueba de la Culpa”, LL99-892; ANDORNO, Luis O. “La responsabilidad médica”, Zeus, ejemplar del 11-11-82, cap. IV; GHERSI, Carlos A. “Responsabilidad por prestación médico-asistencial”. Buenos Aires: Hammurabi, p. 58; ALTERINI, A. A. y LÓPEZ CABANA, R. *Temas de responsabilidad Civil; Responsabilidad civil de los profesionales*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la U.B.A. y Ciudad Argentina, p. 184; TRIGO REPRESAS, Félix A. *Responsabilidad de los profesionales*. Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 82 y 83. BUERES, Alberto. *Responsabilidad de los médicos*. Buenos Aires: Ábaco, 1979, pp. 185-196, y *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*. Buenos Aires: Ábaco, 1981, p. 158 y ss. I *Jornadas Provinciales de Derecho Civil*, Mercedes, Prov. de Bs. As., del 6 al 8 de agosto de 1981, recomendaciones cuarta y séptima; II *Encuentro de abogados civilistas realizado en Santa Fe*, Prov. de Santa Fe, del 30 de junio al 2 de julio de 1988.

## 21. BIBLIOGRAFÍA

- AIZENBERG, Marisa y ROITMAN, Adriel J. "Algunas reflexiones acerca de la responsabilidad de los médicos frente a los tratamientos de embellecimiento", en RCyS, 2010-VIII.
- CECCHETTO, Sergio. "Consentimiento informado. Antecedentes históricos, oscuridades terminológicas y escollos de procedimiento", en BLANCO, Luis Guillermo (comp.). *Bioética y Derecho, cuestiones actuales*. Buenos Aires: Universidad, pp. 91-116.
- DE BRANDI, Nelly A. Taiana y LLORENS, Luis Rogelio. "El consentimiento informado y la declaración previa del paciente", en *Revista del Notariado*. Vol. 866, feb. 2002, pp. 83-97.
- DI GIULIO, Gabriel. "Consentimiento informado en el proceso", en *Revista La Ley*. Tomo 2009-A, pp. 1192-1196.
- GALÁN CORTEZ, Julio. "Estado actual de la responsabilidad civil médica", en *Revista de Derecho Privado*. Buenos Aires: Hammurabi, pp. 1555-1565.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia R. "Algunas reflexiones en torno a la responsabilidad", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 1990-III, pp. 188-191.
- GHERSI, Carlos A. "El derecho médico y la Corte Suprema de Justicia. Las 'decisiones' como precedentes para los tribunales inferiores. El consentimiento informado: validez y eficacia. El paciente y el derecho de decidir. El objeto de conciencia", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Tomo 2000-I, pp. 801-805.
- HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1991.
- HIGHTON, Elena I. "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico. El difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, año 1992, n° 1, pp. 165-212.
- KRAUT, Alfredo J. "Médicos y deber de información: responsabilidad civil en caso de incumplimiento", en *Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto Bueres*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001.
- LAVALLE, Olga O. "Consentimiento informado en adolescentes", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, Vol. 2000., tomo IV, pp. 1067-1074.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos Aires: Ubijus - Legis, 2007.
- LÓPEZ MESA, Marcelo. *Curso de las obligaciones*. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- LÓPEZ MESA, Marcelo y VALENTE, Luis Alberto. "El negocio jurídico (Manifestación de voluntad libre y consciente)", en *Revista La Ley*. Tomo 1992-E. Sec. Doctrina, pp. 965-979.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1986, tomo I.

- MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Jean, MAZEAUD León y CHABAS, Francois. *Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Zavalia, 1997, tomo I.
- PICASSO Sebastián. "Obligaciones de medios y de resultados", en *Revista de Jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, tomo 1996-II, 1996, pp. 713/732.
- PREVOT, Juan Manuel. "Consentimiento informado y responsabilidad civil", en *Revista La Ley*, Tomo 2006-E, pp. 96-99.
- RABINOVICH BERKMAN, Ricardo. *Actos jurídicos y documentos biomédicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Según el Tratado de Planiol. Buenos Aires: La Ley, tomo IV.
- ROSENFELD, Carlos L. "Autonomía de la voluntad y orden público", en *Revista Notarial*, n° 853, pp. 2155-2172.
- TRIGO REPRESAS, Félix A. y LÓPEZ MESA, Marcelo J. *Tratado de la Responsabilidad Civil. El derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*. Buenos Aires: La Ley, 2004, tomo II.
- VALENTE, Luis Alberto y CALCAGNO, Liliana. "Consentimiento informado y bioética práctica", en *Revista La La Ley*. Tomo 2008-E, pp. 996-1005.
- WEINGARTEN, Celia. "Contrato y responsabilidad médica. El deber de información y el consentimiento informado. (Una visión crítica)", en GHERSI, Carlos. *Problemática moderna de la relación médico-paciente*. Jurídicas Cuyo, pp. 37-54.





## LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR FALLAS EN LAS PRÓTESIS

Walter Krieger (\*)

### I.- INTRODUCCIÓN

El surgimiento en el mundo de las “prótesis”, elementos fabricados por la mano del hombre para reemplazar partes u órganos del cuerpo humano con deficiencias o faltantes por alguna circunstancia, ha sido uno de los grandes avances de la ciencia y una de las ramas de la medicina que más se ha desarrollado.

Ya sea que la prótesis se coloque por cuestiones médicas o estéticas, su uso es cada vez más generalizado en la sociedad. Por ello, nos proponemos analizar quién debe asumir los riesgos y las consecuencias por la colocación de estos implantes, cuando ellos fallan y causan o agravan un daño.

### II.-LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA DE LAS PRÓTESIS

No queda duda alguna de que, más allá de su trascendencia social y de la importancia que reviste sobre todo para quien la utiliza, desde el punto de vista del derecho, una prótesis es una “cosa”, tal como la define el art. 2311 del Código Civil. Entiende dicha norma que a los fines del derecho, se considera “cosa” todo bien material susceptible de tener valor económico. Esta posición tomada por la legislación, por la cual las “cosas” son tales solo si son susceptibles de tener valor económico, nos recuerda que las prótesis son fabricadas por el hombre para ser comercializadas y obtener un lucro por el medio de su intercambio.

Como veremos más adelante, esta afirmación –que resulta a simple vista una obviedad–, resultará trascendente para analizar quién debe reparar los daños que las prótesis causen.

Asimismo, en el ámbito de la República Argentina, las prótesis son una cosa “relativamente inajenable” de acuerdo a las pautas del art. 2338 del Código Civil, por cuanto su comercialización requiere la autorización estatal.

Por último, entendemos necesario señalar que en el lenguaje legislativo, y con la clara intención de abarcar la mayor cantidad de objetos posibles dentro de su

---

(\*) *Doctorando en Derecho Privado (UCES). Profesor adjunto de Civil III - Contratos (UCA). Miembro del Seminario de Investigación Permanente “La problemática de los Daños en la Sociedad Actual” (Inst. Gioja – U.B.A.).*

tutela, la ley protectora de los derechos del consumidor (Ley 24240), ha empleado el término “cosa” como sinónimo de “producto”, por lo cual no es dable entender que sean cosas que merezcan un tratamiento diferenciado a la hora de ahondar en los análisis de responsabilidad.

### III.- PRESUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD

Como todo producto elaborado, las prótesis pueden fallar por cuatro razones, las cuales tendrán consecuencias jurídicas totalmente distintas. Estas cuatro situaciones son: defectos de fábrica, deficiente instalación, uso inapropiado o inadecuado, caso fortuito o fuerza mayor. A continuación, analizaremos las características de cada una de ellas.

#### III.1.- DEFECTOS DE FÁBRICA

Al ser las prótesis “cosas” que están en el comercio, y sin perjuicio de la autorización que requieren quienes las comercializan para desplegar dicha actividad, los daños que aquellas causan por defectos de fabricación pueden ser reclamados por dos vías distintas: el derecho de daños clásico, con la responsabilidad que impone el art. 1113 del Código Civil, por un lado, y la responsabilidad objetiva que se extrae del art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

El art. 5° de la Ley 24240 establece: “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”.

Por ello, al presentarse un defecto de fábrica –situación que infringe esta disposición normativa–, se torna aplicable lo dispuesto en el art. 40 de la Ley 24240, en el cual se dispuso que: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio”.

Cabe señalar que la obligación que impone el art. 5° de la Ley 24240 –y que ordena reparar el art. 40 de la misma norma–, es una obligación de resultado.

Ello implica que no interesa el cuidado que haya puesto el fabricante en la elaboración de la prótesis, ni tampoco el cumplimiento que haya efectuado de las normativas que regulan la elaboración de las mismas; con el solo hecho de demostrarse la relación de causalidad entre el daño y la deficiencia de la prótesis, el fabricante verá comprometida su responsabilidad.

La jurisprudencia ha entendido que la responsabilidad de los fabricantes excluye la de aquellos que no guarden relación de causalidad con el daño, resolviendo lo siguiente: “Es responsable la empresa proveedora de una prótesis mamaria que se desinflara luego de casi tres años de ser implantada, por no haber probado cuál fue la causa a tenor de las múltiples que la pueden originar ni que la mamografía realizada por la paciente lo fuera, concluyéndose que ese objeto no reunió las condiciones mínimas de calidad; y, no así, el médico que la operó por cuanto ella así lo declaró en la demanda, además de que el supuesto incumplimiento endilgado a él por no haber obtenido su consentimiento informado no fue la causa generadora del daño; ni el ente hospitalario, por cuanto se ha comprobado que la paciente ha insistido en un nuevo trasplante con similar o igual material” (CNCiv, Sala C, 26.06.08, “Lahore Loza, María Y. v. Medic S.A. y otros”, Lexis N° 1/1038495 ó 1/1038500).

Más allá del fallo reseñado, entendemos que al aplicarse la responsabilidad derivada del art. 40 de la Ley 24240, en virtud de que este contempla una responsabilidad solidaria de toda la cadena en la “comercialización” del producto en forma solidaria, frente a quien padece los daños por las fallas de las prótesis deben responder en forma solidaria la institución que colocó la prótesis y el prestador del servicio de salud (Estado, obra social o medicina prepaga), quedando a salvo obviamente las acciones entre todos los componentes para recuperar lo pagado. Sin embargo, encontramos prudente resaltar que dentro de esta cadena de responsabilidad no se encuentra el médico que coloca la prótesis, por cuanto este se encuentra fuera de la cadena de comercialización del producto y solo procede a colocar el material que le es proveído.

Más allá de que en razón de lo determinado por los arts. 2° y 3° de la Ley de Defensa del Consumidor no quedan dudas de que los pacientes que se colocan prótesis resultan usuarios de las mismas y en consecuencia quedan alcanzados por la normativa referida, veremos que el Código Civil también contempla una responsabilidad frente a estas situaciones, que permiten imputar responsabilidad al fabricante del producto.

La doctrina y jurisprudencia, que habían comenzado desde antes de la sanción de la Ley 24240, comenzaron a proponer una reinterpretación del art. 1113 del Código Civil a los fines de poder aplicar la responsabilidad objetiva a los fabricantes de productos que introducen cosas en el mercado que presentan defectos.

Queda entonces al descubierto la trascendencia de calificar la prótesis de “cosa” para el derecho, dado que su clasificación en este sentido permite aplicarle esta responsabilidad sin más por los daños que cause o por los vicios que exhiba.

El problema residía en cómo incluir al fabricante dentro de los legitimados pasivos de la acción, en tanto que el art. 1113 del Código Civil entiende que cuando una cosa presenta vicios y causa daños, responde su “dueño o guardián”.

Queda a la vista que una interpretación literal de la norma excluiría a los fabricantes en razón de que al momento de causarse el daño, la cosa se encuentra en poder del propio damnificado, que es el dueño o guardián.

Para resolver este problema se elaboró una nueva interpretación del art. 1113 del Código Civil, la cual es a nuestro entender plenamente acertada. Ejemplo de la nueva interpretación es el siguiente fallo: “Si bien el art. 1113 solo responsabiliza al dueño o guardián, una interpretación adecuada del precepto debe apoyarse en la fundamentación última de la teoría recogida, que obliga a quien realmente introduce el riesgo en la comunidad. La enunciación de personajes contenida en el art. 1113 del Código Civil, según algunos, es meramente enunciativa y según otros, dicho artículo en su primer párrafo responsabiliza a todo el que se sirve de la cosa, entre los que se encuentra el fabricante (CNCiv, Sala H, 26.02.2001, “Lodoli, Roberto c/Massalin Particulares S.A. s/Daños y perjuicios”, IJ-XIII-920).

Esta nueva interpretación, mucho más acorde, permite establecer una responsabilidad directa del fabricante, apelando al riesgo que ha introducido en la sociedad mediante la comercialización del producto con defectos.

Asimismo, al tratarse esta imputación sustentada en la “teoría del riesgo” (aquella que establece que quien introduce un riesgo a la sociedad es responsable por los daños que el riesgo introducido cause), la cual impone un factor de responsabilidad objetivo, al igual que la responsabilidad derivada del art. 40 de la Ley 24240, se prescinde de la culpabilidad o no del fabricante.

En conclusión, ya sea por la aplicación de una norma o de la otra, sostenemos que la responsabilidad del fabricante por defectos que presenten las prótesis es siempre de tipo objetivo, y probada la relación de causalidad entre la prótesis defectuosa y el daño, este deberá responder; recordando además que si se aplica la responsabilidad derivada de la Ley de Defensa del Consumidor, tendrá que responder además el resto de los integrantes de la cadena (proveedor de servicio de salud e institución médica), quedando en estos casos a salvo la responsabilidad de los médicos.

### III.2.- DEFICIENTE INSTALACIÓN

Resulta evidente que la colocación de una prótesis es un acto médico que se realiza en la mayoría de los casos a través de una cirugía. Si en dicho acto médico, quien la coloca lo hace en forma deficiente, este será responsable, atribuyéndosele un factor de responsabilidad subjetivo.

Al igual que sucede con cualquier caso de mala praxis, el deber de reparar del médico se funda en el art. 1109 del Código Civil, y deberá entonces demostrarse su negligencia a los fines de determinar su responsabilidad. En este punto, sin embargo, entendemos que resulta aplicable a estos casos la teoría de la “carga dinámica de la prueba”, por la cual quien tiene el deber de probar un hecho es aquel que está en mejores condiciones de hacerlo.

Sin duda alguna, frente a la colocación de una prótesis, resulta mucho más sencillo que el médico pruebe que colocó el material adecuadamente, por cuanto es quien posee los conocimientos técnicos para hacerlo. Asimismo, como toda responsabilidad subjetiva, la conducta del médico, al ser ponderada por el juez, deberá hacerse conforme a las directivas que imparten los arts. 902 y 512 del Código Civil.

Por la primera de las normas, la conducta de los profesionales se juzga acorde con el mayor conocimiento en la materia que los ocupa. La segunda establece que las conductas de todos los individuos deben ser juzgadas teniendo en cuenta las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Cabe destacar a continuación que probada la responsabilidad del médico en la instalación deficiente de la prótesis, se verá obligado a responder también por esta circunstancia quien resulte ser el empleador del médico al momento de la celebración del acto médico.

Ello implica que si el médico estaba operando por indicación del Estado, de una obra social o de una empresa de medicina prepaga, quien se desempeñaba como "principal" del médico responderá en forma solidaria por los daños sufridos por la víctima. Esta afirmación encuentra su sustento en lo regido en el art. 1113 del Código Civil, donde se señala como factor de atribución de responsabilidad objetivo, el de la responsabilidad de los "principales" por los hechos de sus "dependientes".

Cabe destacar que es pacífica la jurisprudencia en este sentido y así se ha resuelto lo siguiente: "Para que surja la responsabilidad del principal, basta que la función desempeñada haya dado ocasión para cometer el acto dañoso y si el daño tiene adecuada relación causal con la función del agente que lo causó (CNCiv, Sala F, 19.08.2003, "Faccone, Daniel Alejandro c/ Sommaruga, Adrián Gustavo y otro s/ Daños y Perjuicios", IJ-VI-551).

Por lo tanto, si el daño al paciente es causado por fallas de la prótesis derivadas de una instalación inadecuada, encontraremos una responsabilidad solidaria entre el médico y el prestador del servicio de salud; el primero en razón de negligencia, y el segundo por la responsabilidad que la ley impone a los principales por sus dependientes.

### **III.3.- USO DEFICIENTE O INADECUADO**

El uso inadecuado de la prótesis puede darse de dos formas: desobediencia del paciente a las indicaciones médicas, o indicaciones médicas no adecuadas en razón de la prótesis colocada.

En el primer supuesto, aquel en donde el paciente incumple las indicaciones que se le dan respecto del uso de la prótesis, este tendrá que asumir las consecuencias de sus acciones y tolerar los daños que la rotura de la prótesis genere. Recordemos que efectuar acciones con conocimiento del perjuicio que dicho proceder puede causar, implica asumir el riesgo por los resultados.

Asimismo, el ya señalado art. 1113 del Código Civil es claro al indicar que esta relación, que en este caso se da entre el producto (prótesis) y el daño, se rompe al mediar la culpa del damnificado, en razón de que es su acción la verdadera causante del daño, y no el producto.

Sin embargo, resulta recomendable a los cuerpos médicos para salvaguardar eventuales responsabilidades ulteriores derivadas de la infracción del deber de información que tienen para con sus pacientes, que estos dejen asentado en la historia clínica de los pacientes que se les dieron todas las indicaciones pertinentes del caso. El segundo supuesto sí acarrea responsabilidad a quien haya impartido la indicación inapropiada. Dicha responsabilidad, que se da por ejemplo en los supuestos en los que se da de alta al paciente para que desempeñe una vida normal antes de término, acarreará las responsabilidades que se describieron en el punto anterior en razón de la responsabilidad del médico por su negligencia, y del prestador del servicio de salud.

#### **III.4.- CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR**

No está excluida la posibilidad de que la prótesis se rompa por un caso fortuito o fuerza mayor. Evidentemente, y a la luz de la normativa vigente, esta situación no generará responsabilidad de ningún modo.

Sin embargo, resulta necesario recordar que el caso fortuito, para ser causal de exención de responsabilidad, debe ser ajeno a la cosa, por cuanto en caso contrario se generarán algunos de los supuestos que hemos señalado en los puntos anteriores. Este requisito de la necesidad de que el hecho fortuito sea “extraño al deudor” ha sido receptado desde antaño por la jurisprudencia, la cual ha entendido que: “El suceso que constituya caso fortuito o fuerza mayor, debe ser además de inevitable –sea porque no pudo preverse, sea porque aunque previsto no pudo evitarse–, extraordinario, anormal y ajeno al presunto responsable, es decir, que no hubiera ocurrido por su culpa” (Sup. Corte Bs. As., 11/08/1992, “Issler, Carlos Alberto c. Provincia de Buenos Aires”, AyS 1992-III-21).

En este sentido, cabe aclarar que la noción de culpa no refiere a la noción de responsabilidad subjetiva, sino que en este caso estaremos refiriéndonos a culpa como sinónimo de responsabilidad, por cuanto una interpretación en contrario implicaría incluir como supuestos de caso fortuito aquellas situaciones que deben resarcirse al amparo de la responsabilidad objetiva.

Aplicado lo expuesto a la responsabilidad por prótesis, queda claro que ni los defectos de fabricación, ni los daños causados por una manipulación inadecuada del material constituyen un “caso fortuito” en razón de que aun cuando si se hubiesen previsto, serían inevitables, por ello no reúnen este requisito de exterioridad que hemos referido.

## LA MALA PRAXIS MÉDICA

**Ricardo Adrián Parra (\*)**

Para entender realmente qué significa mala praxis, debemos definir el término, como práctica en oposición a teoría.<sup>640</sup> Es decir, si mencionamos que una práctica no se ajusta a las reglas de su arte o profesión, o se realiza con negligencia, impericia imprudencia o inobservancia de ellas, estaremos hablando de mala práctica y, específicamente en el tema que nos ocupa, de mala práctica médica.

La particular perspectiva de los perjuicios que pueden originarse en el ejercicio de la profesión médica no es más que un capítulo de la responsabilidad civil que en el ámbito jurídico busca la reparación de los daños causados injustamente.<sup>641</sup>

En términos generales, respecto de los profesionales, podemos decir que la responsabilidad profesional es aquella en la que se incurre cuando quien ejerce una profesión falta a los deberes especiales que esta le impone, cometiendo una falta, una infracción o un delito, claro está, no en el sentido de acción típica, antijurídica y culpable que nos enseña el derecho penal, sino una acción tan groseramente llevada a cabo sin el mínimo reparo profesional, que derive en un acto tipificado por la legislación de fondo vigente.

La responsabilidad es deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí, es decir por su autor o por otro, la consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. También es el término complementario de una noción más profunda –la de deber u obligación–, entendiéndolo por tal que si el hombre adecua su conducta a los deberes impuestos por la normativa positiva vigente, no incurrirá en responsabilidad por haber cumplido con tales preceptos. De esta forma, ante la violación del deber u obligación, recién allí aparecerá la obligación de reparar y con ella la mentada responsabilidad.

La responsabilidad civil abarca dos grandes ramas, por un lado la subjetiva, fundada en la culpa del responsable, y la objetiva, sin fundamento en la conducta reprochable, pero atribuyendo responsabilidad por el obrar riesgoso o el desarrollo de conductas peligrosas, ya que el hombre, en la medida del avance científico tecnológico, día a día va introduciendo en la sociedad los resultados de esos avances, cuyas consecuencias pueden derivar en una conducta antijurídica, lesionando a otro y debiendo reparar su error. En la actualidad, la responsabilidad subjetiva

---

(\*) *Doctorando en Derecho Privado (UCES). Jefe de trabajos prácticos de la U.B.A., Cátedra de Contratos Civiles y Comerciales a cargo del Prof. Dr. Luis F. P. Leiva Fernández. Miembro del Seminario de Investigación Permanente "La problemática de los Daños en la Sociedad Actual" (Inst. Gioja - U.B.A.).*

<sup>640</sup> AA. VV. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Madrid: Grupo Libro, G.R.U.P.O. S.A., 2001.

<sup>641</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *La responsabilidad civil por mala praxis profesional*. Responsabilidad profesional del médico por el hecho ajeno. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 3.



ha ido cediendo lugar a la objetiva, poniendo el acento no en el autor del daño para castigarlo, sino en la víctima para repararle el daño que injustamente ha sufrido.<sup>642</sup> El concepto de responsabilidad también va unido al de moral y de ética. Precisando estos términos, podemos decir que la moral trata acerca del bien en general y de las acciones humanas en orden a su bondad o maldad. Un acto médico se adscribirá a los principios de la moral universal si busca como fin último el beneficio o bienestar del enfermo. A su vez, la ética es la parte de la filosofía que trata sobre la moral y las obligaciones del hombre. Esto es, cuando en realidad al hombre se le presentan dilemas sobre sus derechos y deberes, beneficios y perjuicios, el bien y el mal, lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, es decir, acerca de sus acciones (profesionales), realiza un juicio de valor y reflexiona sobre la moralidad de su actuación. La ética en la medicina es la aplicación de las reglas morales generales a un campo particular de la actividad humana, donde el profesional de la salud se enfrenta a diario al proceso de toma de decisiones<sup>643</sup>, el cual requiere tanto del juicio clínico, cuanto del juicio ético. Es por ello que las normas morales que rigen la profesión médica se han traducido en Códigos de Ética.

Ante una infracción de naturaleza jurídica, el derecho tiene organizado todo un sistema de sanciones, algunas represivas, otras resarcitorias. Las primeras son típicas del derecho penal, y derivan en prisión, reclusión, multa e inhabilitación.<sup>644</sup> Las dos primeras son penas privativas de la libertad, mientras que la multa se refleja en la exigencia de una prestación patrimonial, debido a la conducta médica y la inhabilitación, y tiene proyección patrimonial de carácter negativo.

La sanción resarcitoria –propia del derecho civil– supone un principio de equivalencia de las prestaciones, que en el caso de la mala praxis médica está dado por la relación existente entre el daño cometido y la indemnización debida, consistente en el pago de una suma de dinero equivalente al daño ocasionado y padecido por el damnificado, luego de realizar la pertinente valuación de dichos daños. En la esfera civil, la responsabilidad del deudor y, en el caso que nos ocupa, dentro del ámbito médico, puede originarse en el campo contractual a través del incumplimiento de un deber preexistente que es específico y determinado, tanto en relación al objeto, como al sujeto obligado (responsabilidad contractual); o encuadrarse en el deber preexistente y genérico de no dañar al otro (principio general de no dañar) e indeterminado en cuanto a los sujetos pasivos, toda vez que viene impuesto por la ley y que rige por el mero hecho de la convivencia en sociedad.

En nuestro derecho existen dos órbitas diferentes de responsabilidad. La contractual, como ya dijimos, u obligacional y la responsabilidad extracontractual o aquiliana. En cada una de ellas, se juzga la culpa según su origen. En ambos casos

---

<sup>642</sup> *Ídem*, p. 4.

<sup>643</sup> MALLANDI, Ricardo. *Problemas éticos de la filosofía aplicada. Curso de Bioética Médica, Doctorado en Derecho Privado*. Buenos Aires: U.C.E.S., 2009.

<sup>644</sup> Art. 5 del Código Penal: "(Texto original vigente por Ley 23077, art. 1) Las penas que este Código Establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación".

la culpa genera responsabilidad y es la fuente de la obligación a la hora de indemnizar el daño o el perjuicio causado (art. 512 Código Civil), según reza: “La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondieren a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.<sup>645</sup> En cuanto al plazo de prescripción, es indiscutible que en la órbita contractual rige el decenal, y en la extracontractual, el bienal.

Respecto a la extensión de responsabilidad, dentro del ámbito contractual se responde solamente por las consecuencias inmediatas y necesarias en caso de culpa, y de las mediatas si existe dolo. En cuanto a la carga de la prueba de la culpa, en la responsabilidad extracontractual, la regla es que el actor (acreedor) pruebe la culpa del demandado (deudor), de acuerdo a la norma vigente del (art. 1109 del Cód. Civil): “Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil”.

En cambio, cuando en el daño intervienen o se introducen “cosas”, rige el art. 1113 del Código Civil, por lo cual se deja de lado el principio general. No obstante ello, en la responsabilidad contractual, la carga de la prueba varía según se trate de obligaciones de medios o de resultado. En las obligaciones de medios, el acreedor debe probar la culpa del accionado, en las obligaciones de resultado, el deudor debe demostrar su diligencia, su pericia, su prudencia y su no culpa. Asimismo, es dable aclarar que la prestación médica conlleva generalmente una responsabilidad de medios y, en casos muy específicos –como lo es el del cirujano plástico–, la obligación es exclusivamente de resultado, comentario solo a modo enunciativo ya que el desarrollo del tema excede las pretensiones de nuestro capítulo.

Las distintas caras de la culpa las podemos reflejar a nuestra manera, con la explicación de breves conceptos:

- **Negligencia:** Se da en el caso en el que el médico omite realizar cierta práctica profesional que habría evitado el resultado dañoso; es decir, hace menos de lo que debe.
- **Imprudencia:** En este caso, el médico obra precipitadamente o sin prever por completo las consecuencias en las que podría desembocar su actuación profesional e irreflexiva; es decir, hace más de lo que debe.

A los dos elementos señalados, el Código Penal –en sus arts. 84 y 94– les agrega los siguientes:

- **Impericia:** Aquí se da la falta de pericia, es decir que el obrar profesional mé-

---

<sup>645</sup> ALTERINI, Atilio A. *Código Civil sistematizado*. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 336.

dico se realiza con absoluta falta de sapiencia, sabiduría, práctica y habilidad en el arte o ciencia de curar.

**- Inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo:** Comprende este todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia en que se traten (art. 77 del Código Penal), es decir que existe en el profesional médico una actitud culposa y/o de indiferencia o menosprecio por las normas que lo obligan a actuar de una determinada manera dentro de las reglas de su arte o profesión.

Concluyendo, quien ejerce la profesión médica responderá por faltar a los deberes especiales que ella le impone, según se requieran para configurar el deber de reparar. La carga probatoria de los presupuestos de responsabilidad viene dada por el art. 375 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aunque en la actualidad se ha venido abriendo paso la concepción de las llamadas cargas probatorias dinámicas, que ponen el peso de la prueba, según las circunstancias del caso, en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones de adoptar elementos de convicción para el juez. En el ámbito de la responsabilidad profesional, y especialmente en el caso de una mala praxis médica, el médico se encuentra en una situación de superioridad técnica respecto del paciente; en consecuencia, tendrá la carga exclusiva o concurrente de demostrar que obró en forma diligente o que la causa del daño no se originó en su actuación, desplazando de esta forma la relación de causalidad.

En un primer momento del tratamiento doctrinario y jurisprudencial de la culpa médica, se sostuvo que la fuente de esta era contractual. Hoy en día, esta postura fue superada y se puede afirmar que el principio general indica que la responsabilidad médica es contractual; no obstante, la doctrina menciona casos de responsabilidad médica extracontractual.<sup>646</sup> En tanto, Bueres sistematiza los diferentes casos de responsabilidad extracontractual o aquiliana, que son:<sup>647</sup>

- a) El caso de los servicios médicos requeridos por una persona distinta del paciente, siempre que aquella no obligue contractualmente al último en virtud de una representación legal o voluntaria.
- b) Cuando el hecho del médico responsable configura –sin desmedro de la responsabilidad civil– un delito de derecho criminal, con lo cual se viabiliza la opción aquiliana del art. 1107 del Código Civil.

---

<sup>646</sup> GARAY, Ernesto Oscar (coord.). *Responsabilidad profesional de los médicos, Ética, Bioética y Jurídica Civil y Penal*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 737.

<sup>647</sup> BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992, vol. II, p. 162 y ss.; ver también: MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L. *Contratos médicos*. Buenos Aires: La Roca, 1991, p. 79, citado en GARAY, Ernesto Oscar (coord.). *Op. Cit.* p. 738.

- c) Si el contrato celebrado entre el profesional y el paciente es nulo por carecer de algunos de sus elementos esenciales o por la presencia de cualquier otro defecto o vicio trascendente.
- d) El caso de que los servicios sean prestados por el profesional en forma espontánea, sin mediar la voluntad del paciente, como el auxilio brindado por el médico en un accidente en la vía pública.
- e) La atención del médico a un incapaz de hecho, sin poder comunicarse para obtener la debida autorización con su representante legal.
- f) La actividad médica desarrollada en contra de la voluntad del paciente o sin su consentimiento expreso.
- g) El caso de todo daño infligido al paciente fuera de la órbita del contrato de asistencia médica.
- h) El caso en que la relación médico-paciente es impuesta coactivamente, como cuando se realiza el reconocimiento médico previo al ingreso a un empleo.
- i) El caso de la obligación de pagar los servicios médicos que tienen las personas obligadas a prestar asistencia o a suministrar alimentos al paciente, en tanto el deber deriva de la ley.

Ahora bien, sabido es que para que se configure la obligación de reparar, debemos verificar una serie de presupuestos que conforman la Teoría de la Responsabilidad Civil, como la antijuridicidad, el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad. La inexistencia de alguno de ellos hace caer la obligación de reparar el supuesto daño causado. La jurisprudencia señala que para que se configure la responsabilidad civil médica, subsumiendo la mala práctica médica, se necesita la concurrencia de requisitos específicos, que han sido enunciados en numerosos fallos: a) Falta médica; b) Perjuicio ocasionado; c) Relación de causalidad; d) Daños y perjuicios acaecidos; y e) Obligación preexistente.

De hecho, el primer fallo sobre mala praxis médica en nuestro país data del 14 de abril de 1910 y fue dictado por la Cámara Nacional del Crimen.<sup>648</sup> Este, a lo largo del tiempo y con las sucesivas sentencias de los distintos tribunales, se ha ido actualizando y ha ido determinando todos y cada uno de los requisitos que mencionamos en el parágrafo anterior. Es por ello que citaremos los siguientes casos jurisprudenciales:

**- Cámara Nacional Civil, Sala D, 16/02/84. "Roitbarg, Marcelo c/ Instituto de Servicios Sociales Bancarios", LL., 1984, C- 981; J.A., 1984-III-695:** "Para que quede configurada la responsabilidad médica deben concurrir los siguientes requisitos: a) obligación preexistente, b) falta o culpa médica (impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de los deberes y reglamentos

---

<sup>648</sup> BERSTEIN, Pascual Horacio. *El error médico, aspectos médicos, médico legales-jurídicos*. Buenos Aires: D & D, 2005, p. 55.

a su cargo), c) daño ocasionado, d) determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado, y e) imputabilidad (que el profesional sea tenido por culpable del daño)".

También se dijo en el mismo fallo: "Repárese que si a veces se sostuvo que frente a la falta de curación o mejoría el médico ha de probar que el fracaso del tratamiento no le es atribuible, la exigente que se autoriza aducir al facultativo es, únicamente, la del 'caso fortuito' y no la de la ausencia de culpa".

**- Cámara Nacional Civil, Sala H, 12/03/96. "Kohan c/ Amsa", ED, 143-493:** "El médico será responsable por un error de diagnóstico errado cuando otro facultativo prudente colocado en las mismas condiciones externas que él, no hubiese cometido el error; así pues hay errores de diagnóstico culpables y otros que no lo son conforme a esta pauta".

**- Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala 2, 28/03/89. "Barisone de Ricci, María Teresa c/ Petrelli, Carlos", Rev. Juris N°: 78-121:** "El médico no será responsable por un error de diagnóstico ante un caso científicamente dudoso o por haberse orientado por una de las opiniones idóneas en conflicto formulando diagnósticos de acuerdo con las reglas autorizadamente aceptadas, o si no se ha puesto de manifiesto una ignorancia en la materia".

**- Cámara Nacional Civil, Sala F, 24/09/85. "López Romay, Raimundo c/ Centro Gallego", JA, 1986-III-310:** "Si el médico actuó poniendo su celo profesional, el fracaso del método elegido con la prudencia del caso no puede serle imputable y el derecho no puede desentenderse de esa realidad".

La jurisprudencia ha entendido que el médico demandado por una acción de daños y perjuicios puede argumentar y demostrar para eximirse de responsabilidad, que el hecho invocado no configura uno de aquellos que puedan ser tipificados como falta médica, o bien que no existe relación causa-efecto entre la falta imputada y el daño causado, pero como la prueba negativa puede resultar difícil de producir, el médico deberá orientar su defensa en el sentido de acreditar una causa por la cual no debe responder, o sea, una causa extraña a la conducta profesional. De este modo, se pueden mencionar distintos supuestos que liberan al médico de responsabilidad: "Error excusable, caso fortuito, conducta del enfermo, fracaso del tratamiento bien indicado y estado de necesidad".

Dentro de la esfera de la antijuridicidad, el incumplimiento en el ámbito contractual consiste en no observar la conducta científica debida que integra el contenido de la obligación, esto es, no aplicar los conocimientos y reglas del arte propio en su profesión. Resultan ejemplos específicos de conductas antijurídicas el incumplimiento total o parcial del deber de información tanto al paciente como a los familiares en el caso de que este no se encuentre en condiciones de otorgar por

voluntad propia su consentimiento sobre la práctica a realizarse sobre su cuerpo, obligación que ha adquirido una relevancia incuestionable en el ámbito de los servicios médicos y que constituye uno de los puntos más debatidos de la responsabilidad por mala praxis médica.

Frente a la existencia de estas conductas antijurídicas, existen las denominadas “causales de justificación, o eximentes de responsabilidad”, sistematizadas por la doctrina penal, puesto que en la esfera civil carecemos de una normativa propia al respecto.

Estas causales de justificación permiten borrar el carácter antijurídico del acto médico, pudiendo mencionarse, entre otros, los actos ejecutados en cumplimiento de un deber, la legítima defensa, el estado de necesidad, entre otros.

**a)** La legítima defensa: el ejercicio de la actividad médica implica exponerse a un riesgo constante, tanto para el paciente cuanto para el profesional médico, técnico y auxiliar, que hace de la medicina su actividad permanente. Los médicos se encuentran normalmente expuestos a los riesgos de la actividad que desarrollan, pero existen situaciones en las cuales se enfrentan a cierto tipo de riesgos que son extraordinarios, como por ejemplo, el supuesto en el cual el empleador no pone a su disposición todas las medidas de bioseguridad que protegen al trabajador. En esta situación, el profesional puede negarse a atender al paciente, ejerciendo una legítima defensa de su propia vida, en tal circunstancia existe una omisión culpable del empleador que produce un desplazamiento de la relación de causalidad. La jurisprudencia ha entendido que la falta de presupuesto no puede justificar la ausencia de equipos de tecnología básicos de atención primaria, ni materiales médicos de primera necesidad en un hospital público, en tanto ello importa la pretensión de excusar la desaprensión del Estado para atender la salud de la población. En este supuesto, serán de aplicación según sea el caso los arts. 1112 o 1113 del Código Civil.

**b)** Estado de necesidad: Este es un instituto de raigambre penal, que posteriormente pasó al ámbito civil, fundándose en el principio de “interés preponderante”. En supuestos especiales, el ejercicio de la actividad médica lleva al profesional a ocasionar daños menores, a fin de evitar que se produzcan otros mayores (art. 34 Código Penal). Frente a un conflicto de intereses se protege el de mayor valor, en detrimento del de menor valor. Resulta necesaria la concurrencia de ciertos requisitos para que se opere esta justificación de obrar antijurídico: 1. Que el estado de necesidad no sea provocado por quien lo invoca para justificarse; 2. Que el riesgo sea inminente e inevitable; 3. Que exista una proporción entre el hecho dañoso y el peligro que se ha evitado; 4. Quien produce el mal debe ser ajeno a la situación creada; 5. El individuo no ha de estar jurídicamente obligado a soportar el mal, como por ejemplo la situación de quien socorre a otra persona en razón de su empleo o por imposición de

una norma legal: bomberos, marineros, policías. El estado de necesidad es la respuesta adecuada para los casos de emergencia en los cuales el médico debe realizar una práctica médica de urgencia, y actuar contando con los medios que tenga en el momento para salvar la vida de la víctima. El resultado negativo de la praxis médica en el estado de necesidad –en el caso de un policía que socorra a una mujer embarazada que haya roto la bolsa y ayude a nacer al niño–, las consecuencias generadas y padecidas por la víctima o el enfermo en dicha situación no van a ser imputables al médico a través de la mala praxis.

c) Falta de consentimiento del paciente: Existen situaciones por las cuales el paciente, por creencias religiosas –como en el caso de los testigos de Jehová– no accede a que se le practique una transfusión sanguínea, pero admite la utilización de técnicas alternativas. El médico se eximirá de responsabilidad frente a la existencia de una negativa expresa del paciente a ser transfundido, o a la negativa de sus familiares si este no estuviere en condiciones de expresarla. Nuestros tribunales se han expedido al respecto: “Si el paciente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y se opone a someterse a la actividad médica, el facultativo no podrá desconocer la voluntad de aquel ni ella ser suplida por una autorización judicial”.

En efecto, el derecho opera en el plano deontológico, “no nace del hecho” –*ex facto non oritur ius*– y por tal razón lleva implícita la sujeción a valores y elecciones de índole moral, como lo mencionáramos en parágrafos anteriores de nuestro capítulo. De tal modo, los tres pilares o principios fundamentales en que se asienta la bioética son: la autonomía (o respeto de la autonomía), la beneficencia–no maleficencia y la justicia, que constituyen imperativos éticos, suministran pautas generales que operan a modo de principios rectores y orientadores para el esclarecimiento de los conflictos jurídicos que vinculan al hombre con la medicina y las ciencias vinculadas con la salud en general.<sup>649</sup> Uno de los capítulos más estudiados en bioética es la relación médico-paciente, que en los últimos tiempos ha experimentado un profundo cambio. Hasta hace poco más de 70 años, el valor universalmente entendido era considerar que el médico no solo tenía el conocimiento científico para aliviar la salud del paciente o para salvar su vida sino que, para lograr este propósito, se hallaba investido de una suerte indiscutible de legitimación que lo facultaba para adoptar las terapéuticas más convenientes aun ante la resistencia del enfermo, pues era una verdad preestablecida que sabía mejor que este último qué era lo más adecuado para él. En consecuencia, tomaba las decisiones que consideraba correctas, en tanto el paciente se limitaba a escuchar

---

<sup>649</sup> MALIANDI, Ricardo. *Problemas éticos de la filosofía aplicada. Curso de Bioética Médica. Doctorado en Derecho Privado. Buenos Aires: U.C.E.S., 2009.*

lo que aquel quisiera decirle y a acatar las instrucciones impartidas. La única discusión posible se vinculaba con el seguimiento del tratamiento y la “obediencia” del enfermo, que podía ser reprendido o tildado de “mal paciente” en caso de no cumplir puntualmente con las indicaciones del facultativo. La situación descrita perduró durante siglos. No obstante, algunos precedentes aislados afirmaron la necesidad de proteger al individuo en su derecho a que nadie tocara su cuerpo sin autorización. Así, en 1767 se conoció en Inglaterra la sentencia dictada en el caso “Slater vs. Beiker y Stapleton”<sup>650</sup>, que estableció que “es razonable decir al enfermo lo que se va a hacer con él, para que pueda armarse de valor y ponerse en situación, y esté así en condiciones de soportar la operación”. Como se advierte, la doctrina de este fallo solo consideró los beneficios o la utilidad del consentimiento sin asignarle una importancia y trascendencia mayor. Muchos años después otro tribunal –esta vez de los Estados Unidos de Norteamérica– en el caso “Mohr vs. Williams”, en 1905, sostuvo que debía considerarse un agravio cualquier procedimiento empleado por el médico sin el consentimiento previo del paciente<sup>651</sup>. Sin duda, el precedente más conocido y trascendente ha sido el dictado en el caso “Schloendorff”,<sup>652</sup> en el cual el juez Benjamin Cardozo afirmó que “todo ser humano en edad adulta y en su sano juicio tiene derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo. El cirujano que realice una operación sin el consentimiento del enfermo comete una agresión por cuyos daños es responsable”. Este pronunciamiento significó un hito en cuanto a la construcción doctrinaria del denominado “consentimiento informado”, pues este es considerado fuente de autoridad de las intervenciones médicas y de la intrusión en el cuerpo ajeno.

## DISCUSIÓN TERMINOLÓGICA

Se ha sostenido que el término “consentimiento informado”, no obstante su uso generalizado proveniente de la doctrina anglosajona, es inapropiado, resultando más precisa la denominación “asentimiento informado”. Se argumentó que el paciente no está en condiciones técnicas para discutir con el profesional ni este negocia con el paciente la terapéutica adecuada. También se ha dicho que el consentimiento alude a la formación del contrato, en cambio el asentimiento responde a una legitimación para el acto de disposición o ejecución.<sup>653</sup> Se afirma

<sup>650</sup> FALLO citado por ENGELHARDT, H. *Tristam. Fundamentos de la Bioética*. Buenos Aires: Paidós, 1995, 1a ed., p. 327, cita n° 28.

<sup>651</sup> “Mohr vs. Williams”, 95, *Minn.*, 261, 104 N.W.12 (1905).

<sup>652</sup> “Schloendorff vs. Society of N.Y. Hospital”, 211, N.Y.125, 105 N.E.92. 93 (1914).

<sup>653</sup> WEINGARTEN, *Op. Cit.*; HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra. *La relación médico paciente: El consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad hoc, 1991; BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992, t. II.



que en el contrato médico resulta difícil separar ambos aspectos, pues los actos negociables que están destinados a expresar el consentimiento importan al mismo tiempo la disposición de derechos personalísimos.<sup>654</sup> Por tal razón, se ha preferido mantener la denominación corriente, sin soslayar los dos aspectos que contiene el concepto, uno de ellos, encaminado a esclarecer el discernimiento y el otro, vinculado con la libertad, en la que se hallan involucrados derechos personalísimos del paciente.<sup>655</sup>

Pero más allá de las distinciones conceptuales señaladas, lo cierto es que la autorización, consentimiento o asentimiento del paciente, como se prefiera denominarlo, opera como única causa legitimante de la invasión o intrusión en el cuerpo ajeno, salvo los consabidos casos de necesidad o fuerza mayor –como v. gr. la urgencia, estados de inconsciencia, etc.–, o la denominada imposición coactiva. El incumplimiento del deber de requerirlo tiene suficiente entidad para acarrear por sí mismo consecuencias jurídicas, con independencia del resultado benéfico o provechoso de la intervención.

Debe quedar bien en claro que el consentimiento informado no es una coartada que permite liberar al profesional de las consecuencias de los errores médicos provocados por culpa o dolo. Tiene una función distinta en el marco de la relación médico-paciente, vinculada con la salvaguarda del proceso deliberativo del individuo y la toma de decisiones autónomas.

El consentimiento informado es fundamental para que el paciente asuma los riesgos inherentes a la actuación profesional en cuestión. Debe entenderse por tal la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone como médicamente aconsejable, este decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. Dado que es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y soportar los gastos de un tratamiento médico determinado, un principio de esclarecimiento es fundamental, y en consecuencia, se requiere que el paciente pueda conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles, y cuántas y cuáles las probabilidades relativas al éxito, máxime respecto de prácticas médicas de alta complejidad, técnicas médicas invasivas u operaciones mutilantes.

La noción del consentimiento informado comprende dos aspectos y la doctrina impone al profesional dos deberes: a) Que el médico obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo el tratamiento; y, b) Que el médico revele adecuada información al paciente, de manera tal que le permita a este participar en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto. Básicamente los “elementos” de la revelación están dados por la naturaleza y el objetivo del trata-

---

<sup>654</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Responsabilidad civil de los médicos*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1997, t. I, p. 196 ss.; HIGHTON, Elena I. y WIERZBA, Sandra. *Op. Cit.*

<sup>655</sup> LORENZETTI, *Op. Cit.*

miento propuesto, sus riesgos y beneficios y las alternativas posibles. El elemento sobre el que más énfasis se ha puesto es el de los riesgos. En principio, el profesional debe tener en cuenta cuatro aspectos de riesgo<sup>656</sup>:

1. La naturaleza del riesgo.
2. La magnitud del riesgo.
3. La probabilidad de que el riesgo se materialice.
4. La inminencia de la posibilidad de materialización.

En la Argentina, la Ley 17132 (ED, 20-789) de ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, da una pauta específica en cuanto dispone en el inc. 3° de su art. 19 que los profesionales que ejerzan estas actividades deben “respetar la voluntad del paciente”; es decir, que debe requerirse el consentimiento de los pacientes o sus representantes como paso previo a la realización de un procedimiento, debiendo este prestarse por escrito cuando se trate de una operación mutilante.<sup>657</sup>

A la vista surge que la falla en la información o falta del consentimiento informado del paciente en la práctica médica, salvo en los casos en los que la propia ley toma el acto como una causa de justificación, es uno de los extremos por los cuales más fácilmente se puede imputar la mala praxis a un profesional médico. De todas formas, y a la luz de los últimos acontecimientos en la materia, no debemos dejar de mencionar la nueva Ley 26529 de Medicina Legal y Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e Instituciones de la Salud, publicada en el Boletín Oficial el 20 de noviembre de 2009,<sup>658</sup> ley que no fue reglamentada por el Poder Ejecutivo aún, pero que mejora en ciertos aspectos el respeto por la autonomía del paciente en su relación con el profesional médico. Claro está, es por demás criticable en otros puntos, en los cuales no vamos a hacer hincapié, ya que claramente lo han hecho en sus artículos Roberto Meneghini y Pablo Rosales.

Otro punto relevante y discutido en la mala praxis médica es el “error de diagnóstico”. Aquí, definiremos sucintamente el concepto del término “error”, que según el gran diccionario Salvat, significa: “Concepto equivocado o juicio falso. Acción desacertada o equivocada.”<sup>659</sup> Jurídicamente, vicio del consentimiento por equivocación de buena fe. Error absoluto: diferencia entre el valor exacto y el obtenido de una medición. Error relativo: cociente entre el error absoluto y el valor real de una magnitud”.<sup>660</sup> De esto se colige que un error, de acuerdo con Berstein “es un acto u omisión que lleva o puede llevar a un resultado previsto y no deseado”.

---

<sup>656</sup> HIGHTON y WIERZBA, *Op. Cit.*, pp. 227-228.

<sup>657</sup> [www.google.com](http://www.google.com), fecha de captura 20/10/2010.

<sup>658</sup> [www.ms.gba.gov.ar/residencias/bibliografia/ley\\_26.529\\_salud\\_publica.pdf](http://www.ms.gba.gov.ar/residencias/bibliografia/ley_26.529_salud_publica.pdf)

<sup>659</sup> BERSTEIN, Pascual Horacio. *El error médico, aspectos médicos, médico legales-jurídico*. Buenos Aires: D & D, 2005, p. 51.

<sup>660</sup> AA.VV. *Diccionario Enciclopédico Ilustrado*. Madrid: Grupo Libro, G.R.U.P.O. S.A., 2001.

Pero lejos de las definiciones de diccionarios u opiniones de diferentes autores, debemos concientizarnos acerca de que la mayoría de los juicios de mala praxis se interponen también por errores de diagnóstico, aunque para nosotros este error debe de ser absoluta y suficientemente probado, al igual que sus consecuencias, debido a las razones que expondremos a continuación. Los médicos cuentan con una pluralidad de tratamientos diferentes para una misma patología y es por ello que la evaluación médica a la hora de realizar un diagnóstico, salvo que este sea absolutamente desacertado, no podrá ser imputable al profesional como parte de su mala praxis. Solo debemos detenernos en las condiciones intrínsecas y extrínsecas que llevan al galeno a decidir una terapéutica a emplear sobre un paciente y que expondremos a modo de ejemplo para una mejor comprensión del tema.

Sabemos que no todas las personas poseen los mismos trabajos, profesiones, artes u oficios; tampoco viven en las mismas zonas, urbanizadas o campestres, no poseen las mismas condiciones físicas, alimenticias, posibilidades de dietas específicas, no concurren con la misma asiduidad al control o consulta médica, no todos tienen las necesidades básicas satisfechas, ya que la línea de pobreza en los últimos años en nuestro país ha ido aumentando a pasos agigantados. En la línea de indigencia, las carencias y las necesidades básicas están tan insatisfechas que no poseen las mismas posibilidades que el resto de los habitantes respecto a las atenciones de su salud. Así, no todos poseen el mismo grado de cultura y el mismo nivel de comprensión a la hora de recibir la información requerida a un profesional médico y continuar con un tratamiento indicado que cure su malestar y combata su patología de base o enfermedad.

En resumen, es cierto que el profesional de la medicina, al realizar una evaluación diagnóstica, debe tener muy en cuenta todas estas posibilidades que acabamos de enumerar, que desde ya no conforman una lista taxativa, sino por el contrario pueden continuar agregándose factores predisponentes o limitativos de la tarea del facultativo.

Retomando nuestro último concepto, es el médico quien debe tener en cuenta a la hora de evaluar al enfermo su condición social, su ambiente exterior, sus costumbres, sus posibilidades de tratamiento, su comprensión y su responsabilidad, la que en este específico caso no se refiere al médico tratante, sino al paciente en pos de continuar un tratamiento de acuerdo a como le ha sido indicado. Es decir, el médico tiene una pluralidad de posibilidades a su elección, que justamente no tienen que ver con las últimas o más nuevas tecnologías en su especialidad, simplemente con justificar que desde su accionar y respecto al estado actual de su paciente, este requiere un tratamiento de rutina y no de última generación, nada se le puede reclamar. Distinto es el caso, y bien lo ha plasmado la jurisprudencia y nosotros en nuestro trabajo, en que el médico será responsable por un error de diagnóstico cuando otro facultativo prudente colocado en las mismas condiciones externas que él, no hubiese cometido el error. O bien, como lo expresara en su oportunidad acertada doctrina en nuestro derecho local, afirmando que el

médico que se equivoca no es en principio responsable de su error, salvo que este sea craso e inexcusable.<sup>661</sup>

El diagnóstico fallido tampoco es imputable cuando se tomaron las precauciones necesarias para evitarlo y no se puso de relieve la ignorancia en la materia. No es dable exigir al médico más de lo que puede requerirse al común o promedio de las personas que ejercen la misma profesión y especialidad. También se decidió que el simple error de diagnóstico o de tratamiento no es suficiente para engendrar la obligación resarcitoria, porque en una rama del saber donde predomina la materia opinable resulta difícil fijar contornos precisos para limitar qué es lo correcto y qué no lo es. Por ello es exigible al médico el grado de capacidad y diligencia usual común a los miembros de su profesión.<sup>662</sup> Lo mismo ocurrirá con un cirujano dentro de un quirófano, donde no puede exigírsele la técnica perfecta, sino aquella que revela un mínimo de conocimientos y que se pone en ejecución mediante la observancia de las reglas prescriptas por la experiencia universal y el buen sentido.<sup>663</sup>

Respecto a la atención médica, debemos tener en cuenta no solamente el deber de cuidado, sino también la obligación tácita de seguridad, principios que emanan de la responsabilidad contractual en atención en los centros asistenciales. Y sobre el tema expondremos algunos tópicos decisivos sobre los cuales se ha expedido la jurisprudencia local. Así, se ha dicho que la prueba de la culpa del médico es indispensable, no porque la responsabilidad de este se refleje en la entidad de quien depende, en una suerte de responsabilidad indirecta, sino porque la prueba de aquella culpa sería la demostración de la violación del deber de seguridad que como obligación. Esta responsabilidad, tácita, se halla comprendida en el contrato asistencial.<sup>664</sup> Asimismo, la responsabilidad del hospital o sanatorio en que es asistido un paciente se funda en una obligación de garantía de la conducta de los dependientes o subordinados en la ejecución de la prestación.

Por último, pero no por ello menos importante, plasmaremos algunos breves conceptos en cuanto a la responsabilidad penal derivada de la mala praxis médica. Como mencionáramos al indicio de nuestro capítulo, en el Código Penal Argentino, son cuatro las penas previstas para quienes incurrir en una conducta típica, antijurídica y culpable. En suma, los profesionales médicos y sus actividades auxiliares en la medicina asumen por vocación, voluntariamente el control de un foco de peligro, poniendo a su cargo la tutela de la vida y la salud de las personas que acuden con expectativas de ser curadas por dichos profesionales de la salud. Los pacientes generalmente concurren a las consultas con disminuciones físi-

---

<sup>661</sup> COLOMBO, L. A. *Culpa aquiliana (cuasi-delitos)*, pp. 282-283, citado en BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1994, t II, p. 153.

<sup>662</sup> CNCiv, Sala B, 22/12/64, JA, 1965-III-67 y ss., citado en BUERES, Alberto J. *Op. Cit.*, p. 154.

<sup>663</sup> Cámara de Apelaciones 1ª Civil y Comercial Córdoba, 5/11/43, voto del doctor Orgaz, LL, 36-793 y ss, citado en BUERES, Alberto J. *Op. Cit.*, p 154.

<sup>664</sup> GARAY, Ernesto Oscar (coord.). *Responsabilidad profesional de los médicos, ética, bioética y jurídica civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p. 780.

cas, psíquicas o ambas, requiriendo además de un adecuado tratamiento médico conforme con las reglas propias del arte de curar, una atenta disposición de los profesionales desde el aspecto netamente humano. Los puntos que expondremos seguidamente tendrán relevancia jurídica a la hora de juzgar la responsabilidad profesional por mala práctica médica, en la medida en que los resultados de dicha actuación profesional no conduzcan a lo esperado, mediando consecuencias dañosas para el paciente, pero previamente evaluando minuciosamente los medios utilizados por los médicos para lograr el tratamiento o la curación y alivio de la patología del enfermo.

Entre los distintos delitos tipificados en el Código Penal, encontramos los siguientes: el homicidio en sus distintas formas, con diferentes penas, ya que el doloso (art. 79) impone una pena de prisión de 8 a 25 años; el preterintencional (art. 81, Inc. 1, apartado b), una reclusión de 3 a 6 años, o prisión de 1 a 3 años, según reza:<sup>665</sup> "Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte, siendo este un tipo de atenuación de la pena"; el culposo (art. 84), impone una pena de 6 meses a 5 años de prisión e inhabilitación en el caso para el ejercicio profesional de 5 a 10 años.

Respecto de las lesiones, en sus distintas modalidades, se encuentran tipificadas en los arts. 89, 90, 91, 92 y 93, lesiones leves (art. 89 del Código Penal): "Donde se impondrá una pena de prisión de 1 mes a 1 año al que causare a otro en el cuerpo, o en la salud un daño que no esté previsto en otra disposición del Código. Esta figura abarca todo daño en el cuerpo o en la salud que no esté contemplado como lesión grave o gravísima". Las lesiones leves están constituidas por cualquier clase de daño y son las que incapacitan a las personas para el trabajo por el término de un mes o un tiempo inferior. De lo antedicho, se obtienen dos claros conceptos: daño en el cuerpo y daño en la salud.

Respecto al daño en el cuerpo, queda incluida cualquier modificación medianamente duradera en el cuerpo de la víctima o del paciente. Esta alteración puede ser interna o externa y debe tener cierta duración a lo largo del tiempo. Esto significa que si la fuerza exterior que se ejerce cesa sobre el organismo, la modificación debe perdurar; de lo contrario, no habrá daño en el cuerpo.

En cuanto al daño en la salud, comprende el concepto de la modificación funcional del organismo, que a su vez es abarcativa de la salud mental. En este caso, el trastorno también debe tener cierta duración a lo largo del tiempo, ya que de lo contrario no se habría configurado una lesión (tal es el caso de los mareos, las sensaciones de debilidad y malestar). Asimismo, el Art. 90 del referido Código, al tratar las lesiones graves expresa que se impondrá reclusión o prisión de 1 a 6 años, si la lesión produjere una debilitación permanente de la salud, de un

---

<sup>665</sup> *Código Penal Argentino con Leyes complementarias e Índice temático*. Buenos Aires: Estudio, 1998, pp. 46-47.

sentido, de un órgano, de un miembro o una dificultad permanente de la palabra o si hubiere puesto en peligro la vida del paciente, lo hubiere inutilizado para el trabajo con su práctica médica por más de un mes o le hubiere causado una deformación permanente en su rostro. En las lesiones gravísimas del art. 91 de la legislación penal de fondo, se impondrá reclusión o prisión de 3 a 10 años, si tal lesión produjere una enfermedad mental o corporal cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un miembro, del uso de la palabra, de un órgano o miembro o la capacidad de engendrar o concebir. No obstante lo expresado, si las lesiones fueran de las descriptas en los artículos 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art. 84 del Código Penal, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo será de 6 meses o multa de tres mil pesos (\$ 3000) e inhabilitación especial para ejercer la profesión de 18 meses.

Otro de los deberes impuestos a los médicos es el de denunciar ciertos hechos, ya que en muchas ocasiones los profesionales del arte de curar asisten a personas cuyas dolencias provienen como consecuencia de un hecho delictivo. Generalmente habrán sido víctimas, pero es posible –y se han dado casos con frecuencia– que el paciente tenga alguna responsabilidad penal en el suceso por el cual requiere la atención del galeno. Para el caso, una mujer a la cual se le realizaron maniobras abortivas en un centro ilegal y concurre al hospital para ser tratada por la infección posterior. Dado que las normas que rigen el secreto médico y el deber de denunciar resultan contradictorias, el problema ha dado lugar a irreconciliables posturas entre la doctrina y la jurisprudencia. Es por ello que mencionaremos la normativa penal, ética y de ejercicio profesional atinente al caso.

Los artículos involucrados en el deber de denunciar impuesto a los profesionales de la salud, en las circunstancias descriptas son art. 156, 177, 244 y 277 del Código Penal,<sup>666</sup> como así también por el art. 11 de la Ley 17132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares, que reza que todo aquello que llegare a conocimiento de las personas cuya actividad se reglamenta en dicha ley, con motivo o razón de su ejercicio, no podrá darse a conocer –salvo los casos en 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 último, el art. 70 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina prescribe que el médico,

---

<sup>666</sup> Art. 156: *Prevé una pena de multa e inhabilitación especial de 6 meses a 3 años, para el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo o profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.*

Art. 177: *Establece la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio para los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones y también establece ese deber a los médicos, parteras, farmacéuticos, y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a los delitos contra la vida, la integridad física que conozcan al prestar auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional.*

sin faltar a su deber, debe denunciar los delitos de los que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión.

## REFLEXIÓN FINAL

En esta síntesis, hemos intentado definir algunos conceptos acerca de la mala praxis médica, que hacen a sus bases y condiciones, pero también a las dificultades existentes en la cuestión. Hemos reflejado las irreconciliables posturas pasadas y actuales en la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema y hemos tratado de exponer algunos lineamientos jurídicos, desde el derecho civil y penal, respecto a la responsabilidad profesional de los profesionales del arte de curar. Simplemente, hemos hecho hincapié en las cuestiones que nos parecieron más interesantes, desde nuestro exclusivo punto de vista, objetivamente distinto del de otros autores. Es por ello que respecto de la responsabilidad civil, no desarrollamos en extenso la teoría, toda vez que es materia de análisis continuo en todos y cada uno de los libros publicados en nuestro país. Por el contrario, quisimos encuadrar este capítulo –si bien de manera global–, en la relación médico–paciente, teniendo en cuenta que no se ha agotado en absoluto el tema, sino que día a día y de manera interrelacionada, se van entremezclando otras disciplinas que ayudan a esclarecer la responsabilidad o no imputabilidad en un acto de mala práctica médica. Por todo ello, apostamos a que vayan disminuyendo las demandas, muchas veces infundadas, falsas, creadas por terceros de mala praxis médica, que por otro lado son harto difíciles de probar una vez incoado el reclamo en sede judicial.

## BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. Diccionario Enciclopédico Ilustrado. Madrid: Grupo Libro, G.R.U.P.O. S.A., 2001.
- ALTERINI, Atilio A. *Código Civil sistematizado*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- BERSTEIN, Pascual Horacio. *El error médico, aspectos médicos, médico legales-jurídicos*. Buenos Aires: D & D, 2005.
- BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1992, 2ª ed.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *La responsabilidad civil por mala praxis profesional, responsabilidad profesional del médico por el hecho ajeno*. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- *Código Penal Argentino*, con Leyes complementarias e Índice temático. Buenos Aires: Estudio, 1998.

- GARAY, Ernesto Oscar (coord.). *Responsabilidad profesional de los médicos, ética, bioética y jurídica civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2002.
- WIERZBA, Sandra M. y HIGHTON, Elena I. *La relación médico-paciente. El consentimiento informado*. Buenos Aires: Ad hoc, 1991.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

- MALIANDI, Ricardo. *Problemas Éticos de la Filosofía Aplicada*, Curso de Bioética Médica, Doctorado en Derecho Privado. Buenos Aires: U.C.E.S., 2009
- Soporte electrónico. [www. Google.com](http://www.Google.com), fecha de captura 20/10/2010.
- [www.ms.gba.gov.ar/residencias/bibliografía/ley 26.529 salud pública.pdf](http://www.ms.gba.gov.ar/residencias/bibliografía/ley_26.529_salud_pública.pdf).





El libro "Salud y Conciencia Pública", que presenta el Dr. Carlos J. Regazzoni con la dirección de la Dra. Lidia Garrido Cordobera y la coordinación del Dr. José Pablo Di Iorio, encara los distintos enfoques que el cuidado de la salud plantea en la actualidad.

Un conjunto de destacados profesionales, aportan su experiencia para ofrecer minuciosa información sobre los aspectos jurídicos, bioéticos y asistenciales, vinculados al amplio y complejo tema del cuidado de la salud, en el que están involucrados no sólo los profesionales del arte de curar, sino también los funcionarios responsables de la Salud Pública y de los otros factores que inciden en ella.

Sólo mencionar los títulos que encabezan cada una de las secciones que componen el contenido del libro, ilustra sobre la diversidad de los temas que en él se abordan. El "Derecho a la Salud"; "La Salud Integración y Cuestiones Ambientales"; "El Consumidor frente a la protección de la Salud"; "El Consentimiento Informado" y la "Responsabilidad Médica", demuestran la inquietud por aportar información que, avalada por la experiencia de cada uno de los autores, permite ofrecer al lector un material valioso para satisfacer su necesidad de conocimiento.

E D I C I O N E S

Fundación  Sanatorio Güemes