

La apreciación de la conducta de los profesionales de la salud frente al COVID-19

Por Marcelo J. López Mesa[1]

1. La epidemia de Coronavirus y la conducta humana

Los coronavirus son una gran familia de virus que pueden causar graves enfermedades a los seres humanos; pero el coronavirus que ha generado una psicosis y un desastre económico en estos últimos meses, es uno de ellos en particular, el que es conocido como COVID-19.

Lo que ha distinguido a esta enfermedad infectocontagiosa de otras especies del género, como la gripe aviar, el SARS, etc., es la alta tasa de contagio, su facilidad de propagación, su relativa simpleza epidemiológica pero, paradójicamente, el crecimiento exponencial del número de infectados que provoca.

El tema que vamos a enfocar aquí es el de los efectos jurídicos del tratamiento de enfermedades infectocontagiosas, en especial el Covid-19, especialmente en lo que atañe a la apreciación de la conducta de quienes provocaron tal contagio o favorecieron un desenlace luctuoso de él.

Una persona puede contraer COVID-19 al tener contacto con alguna cosa que fue, a su vez, contactada por alguien infectado o propagarse de persona a persona al penetrar en las mucosas de una, las micro gotas emanadas de la nariz o la boca que salen despedidas cuando la persona infectada tose, estornuda o solo exhala.

Estas micro gotas sobrevuelan unos instantes en el aire, pudiendo llegar en ese lapso a las mucosas de la nariz, boca o la conjuntiva de los ojos de otros y luego caen sobre objetos y superficies, siendo dos las formas principales de contagio, de persona a persona o por contacto con cosas que guardan efluvios del virus.

El COVID-19 [2] ha desestabilizado la psique de muchos y ello ha influido sobre las decisiones del gobierno y esto, a su vez, ha modificado por entero la vida cotidiana a que estábamos acostumbrados, limitando la libertad deambulatoria y de reunión de las personas. Y ello, principalmente, porque esta enfermedad es percibida como una suerte de “mancha venenosa”, que puede ser contagiada por cualquiera, en cualquier situación, en todo sitio y momento. Esta propagación difícil de controlar sensibiliza a las personas que temen el contacto, esquivan la cercanía, las demostraciones de afecto, las relaciones personales, etc.

El pánico de evitar el contagio y el temor de morir es el sino de estos tiempos, pero antes o después, vendrán otros momentos, en los que mucha gente no se resignará con atribuir los desenlaces luctuosos a la voluntad de Dios o al Destino y buscará responsables tangibles para ellos. Es inevitable: los individuos, por lo general, quiere cerrar el círculo y no dejar causalidades en el limbo.

Y cuando ello pase se apreciará prontamente que, como hace tiempo veníamos advirtiendo, el Código Civil y Comercial descuidó la apreciación de la conducta humana, en los factores de atribución subjetivos, en especial la culpa, lo que seguramente se debió a la manifiesta –y desproporcionada- preferencia que dio tal ordenamiento a los factores objetivos de atribución de responsabilidad.

El caso es que ahora, ante la irrupción de una pandemia que tiene una tasa de propagación atroz, desmesurada y no vista antes por quienes viven en esta época, la insuficiencia de las normas de apreciación de la conducta en el nuevo Código se

hace sentir con inusual fortaleza.

De ahí la importancia de analizar debidamente estas problemáticas, a la luz del derecho vigente, de modo de extraer de él las mejores soluciones.

2. La apreciación de la diligencia en el Código Civil y Comercial

En materia de apreciación de la conducta humana el CCC en algunos aspectos ha innovado respecto del sistema velezano y, en otros, se ha mantenido en similar sendero. Ha seguido su senda en la configuración de la culpa y en su apreciación, pero ha eliminado toda mención al “buen padre de familia”, lo que se corresponde con el abandono de un sistema paternalista familiar y la recepción de nuevas formas matrimoniales, como la del matrimonio entre personas de un mismo sexo. Igualmente, el paradigma corriente de apreciación -que se conocía anteriormente como el del buen padre de familia- no ha desaparecido del todo del nuevo ordenamiento y campa -en esencia- en algunos artículos, aunque camuflado bajo otro aspecto. Solo hay que saber verlo; el problema es que no cualquiera puede verlo[3].

El Código no ha destinado una sola norma al análisis de la conducta humana que vaya más allá de lo pensado por Vélez; ello es desafortunado, porque el derecho del aquí y ahora, requería de más y mejores normas de apreciación de la conducta que las pensadas por Vélez en el allá y el entonces, lo que pronto va a poner de relieve esta pandemia.

El sistema de apreciación de la culpa es pedestre, incompleto, muestra vacíos de importancia; y el dolo aparece como esfumado en el nuevo Código. Tanto la culpa como el dolo se muestran en una versión no actualizada, apegada a textos e ideas que eran muy buenos en su tiempo (1868), pero que debieron ser actualizados al presente y no lo han sido.

Creemos que este descuido en la redacción de las normas de apreciación de la conducta va de la mano del arrinconamiento que se ha hecho a supuestos extremadamente acotados, de la responsabilidad civil imputable según criterios subjetivos.

Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa y han sido receptados, básicamente, por el artículo 1724 CCCN, el que establece que: “Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

El grado de intencionalidad mostrado por el agente en la producción del daño puede ser de diversa intensidad; dicha volición puede ir desde la búsqueda deliberada y consciente del resultado dañoso -dolo directo o de primer grado- al actuar negligente -culpa-, que omite tomar las diligencias que habrían podido evitar el daño.

Los factores subjetivos de atribución guardan entre sí una ordenación por grados. En todos los factores de índole subjetiva existe voluntariedad, pero ellos se diferencian en que, en la culpa, la intencionalidad no alcanza al resultado, esto es, la intención consiste en actuar de determinada manera, y el resultado sobreviene por negligencia o descuido; en el dolo, en todos los casos, el resultado dañoso es

aceptado, al menos, como algo más que posible, cuando no directamente se busca producirlo.

Los factores subjetivos de atribución son fundamentales en materia de responsabilidad profesional. Por caso, la medicina y sus especialidades son proclives a la aplicación de estos factores, tanto como en principio son refractarias a la aplicación de factores objetivos (artículo 1768 CCCN), salvo el caso de las obligaciones de resultado o de la utilización de cosas viciosas en algún acto médico[4].

La actual definición de la culpa (artículo 1724 1ª parte CCC) sigue de cerca al artículo 512 del Código de Vélez, con un ligero agregado de 13 palabras, para describir las formas en que ella puede manifestarse. La ventaja es que este segmento de la norma se corresponde con la norma siguiente, que le asigna dos parámetros claros de apreciación, que, aunque son insuficientes, al menos son precisos (artículo 1725 1º y 2º párrafo CCC).

El problema principal radica en el dolo, que ha sido descripto como con desgano, sin precisión alguna y, para peor, introduciendo una fuente de confusión, al apartarse de su antecedente.

De tal modo, el operador jurídico que tenga que apreciar conductas luego de la emergencia sanitaria, tendrá que agudizar mucho su percepción para aplicar un régimen precario, simplificado al punto de faltarle normas vitales, para encauzar causalidades complejas y conductas que pueden presentar mil aristas, al juicio del juez.

3. El dolo en el Código Civil y Comercial

El dolo presupone la voluntad e intención de realizar un acto antijurídico con pleno conocimiento de su ilegalidad –o de su irregularidad, al menos– y a sabiendas de que puede ser perjudicial para otros; aunque no se requiere que el agente hubiera previsto todas las posibles consecuencias del hecho.

En el Código Civil y Comercial argentino, el vocablo “dolo” es utilizado en tres acepciones diferentes:

a) Dolo-vicio: el dolo como vicio de la voluntad en la formación del acto jurídico consiste en el ardid, la maquinación, el artificio, por medio de los cuales alguien se propone sorprender, defraudar, engañar a otro. En este sentido, se refieren al dolo los artículos 271 a 275 CCCN; es una moneda de dos caras, que en una de ellas muestra al dolo y en la otra el error, que el dolo provocó en el perjudicado.

b) Dolo-delictual: el Código Civil y Comercial define a este dolo en su artículo 1724 CCC i fine. Esta norma bifurca la intencionalidad en dos, no permaneciendo apegado el nuevo ordenamiento a la intención de dañar (*animus nocendi*) como matriz exclusiva de este tipo doloso, sino que le agrega otra posible: la “manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”. Esta incorporación hizo que el dolo eventual ya no esté fuera del ordenamiento civil, al permitirse ahora como requisito tipológico del dolo a la indiferencia manifiesta ante el daño, que permite dar entrada al ordenamiento a este tipo doloso antes vedado.

c) Dolo-obligacional: el dolo en el incumplimiento de la obligación (artículo 838, in fine, CCCN) consiste en no querer cumplir, pudiéndolo hacer, sin que interese que la inejecución persiga el perjuicio del acreedor. En este sentido, se refiere al dolo el

artículo 838, in fine, CCCN.

De las tres acepciones de dolo que contiene el aludido cuerpo normativo, nos interesa aquí sólo la segunda; ello, dado que las otras dos son ajenas a la temática que este artículo aborda.

3.a) El dolo delictual: Para su configuración son necesarios tres elementos:

a) Un elemento cognoscitivo : la ejecución del acto “a sabiendas”. Este elemento es equiparable a la conciencia de la criminalidad del acto del derecho penal; es decir, es un elemento cognoscitivo o intelectual, consistente en que el agente tenga conocimiento de la irregularidad jurídica del hecho que va a cometer. Basta con que el agente se percate de que ejecuta una acción prohibida, sin necesidad de precisiones técnicas o de encuadramientos precisos de él en un tipo penal.

b) Un elemento volitivo: la “intención de dañar”. Pero, para que un hecho sea doloso no basta con que su autor se lo haya representado como ilícito y lo haya conocido en sus características externas, sino que además el resultado debe ser “querido”, en el sentido de que la voluntad del sujeto debe estar dirigida a su realización. Si el agente se representa como posible el desenlace dañoso, pero cree poder evitarlo, confiando excesivamente en su pericia o suerte, no se configurará este elemento, sino tal vez una culpa con representación, que es una figura a medio camino entre la culpa y el dolo.

La intención de dañar que exige la norma para tener por configurado el dolo implica que “el agente no sólo se ha representado las consecuencias que su acto puede aparejar, sino que ha querido ese acto, y ha querido además el resultado dañoso”[5].

c) Un elemento axiológico : la neutralidad valorativa o indiferencia ante el daño. Si no existiera intencionalidad dañosa, a tenor del artículo 1724 CCCN alcanza para la configuración del dolo delictual con la existencia comprobada de una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos, ante el daño previsible y probable. También este requisito exige la ejecución del acto a sabiendas, pues no es predicable que exista indiferencia ante la ejecución de un acto sin comprender cabalmente sus consecuencias dañosas.

Estos elementos –ejecución del acto a sabiendas e intención dolosa o indiferencia manifiesta– se hallan enlazados en el artículo 1724 in fine CCCN, que exige que concurren al menos dos de los tres, para dar nacimiento a un hecho doloso.

El problema estriba en que no hay otras normas del Código Civil y Comercial que encuadren o reglen la apreciación de la conducta dolosa, brindando pautas de evaluación, con lo que sólo la descripción del tipo doloso efectuada en el segmento final del artículo 1724 CCC deberá regir tan compleja faena. Esta tarea se complica dado que la captación de voluntades, intenciones, ánimos en el fondo, no es sencilla y requerirá del intérprete de una atención cercana a los hechos del caso y una agudeza poco corriente.

No faltará algún ocurrente que, al leer estas líneas, sostenga que es difícil que un médico u otro profesional de la salud, actúe dolosamente; es decir, buscando dañar a un paciente o, más probablemente, con indiferencia hacia los resultados que su accionar provoque.

Se trata de una muestra de inocencia, de un criterio voluntarista, biempensante, propio de personas que no han visto funcionar al poder real, ni han tomado

decisiones difíciles, contentándose con la ética de las convicciones, en la clásica dicotomía creada por Max Weber. El inconveniente radica en que una epidemia de esta magnitud ya ha puesto a prueba esa ética y los criterios bondadosos en otros países; y si no tenemos mucha suerte puede que lo haga también aquí.

Basta leer una aguda nota publicada hace pocos días en La Nación, para comprobar que si la pandemia escala en el número de afectados y éste supera a las disponibilidades de medios (camas, respiradores, etc., con que cuenta el sistema de salud, público o privado) se aplicará también en nuestro país un protocolo de asignación prioritaria de esos medios escasos a determinadas personas, como se ha hecho en otros países, principalmente europeos[6]. Hay algunas regiones del país que cuentan con cuarenta o cincuenta respiradores solamente, lo que implica que no es descabellado pensar que esa capacidad instalada puede verse sobrepasada, si la enfermedad se propaga como en otros países.

Se lee en una nota periodística reciente que “Tal "protocolo" se encuentra en proceso de elaboración. El Ministerio de Salud de la Nación convocó a expertos de 16 sociedades científicas y médicas del país y a un puñado de abogados, para redactar un dictamen ético-legal consensuado, que se elevará al ministro Ginés González García. El objetivo es desarrollar "pautas" que puedan servir de guía a los comités de bioética de cada provincia, municipio y hospital si, por ejemplo, la cantidad de contagiados graves por Covid-19 en la Argentina replicara lo ocurrido en algunas ciudades de Italia, España, Estados Unidos y Ecuador, un escenario que el Gobierno por ahora cree improbable” [7].

Si tenemos la fortuna de países como Taiwán, Israel, Corea o algunos de Escandinavia, esto no será necesario; si el Señor nos acompaña, tampoco. Y puede ayudar incluso que, en este momento tan singular, la mitad de la capacidad hospitalaria y sanatorial argentina está vacía[8], por causas varias, como el temor al contagio, la aversión a concurrir a lugares donde pueden existir infecciones nosocomiales, la postergación de cirugías y tratamientos programados no urgentes, la caída abrupta del número de accidentes de tránsito y de trabajo, por el impacto de la cuasi paralización del tráfico y de la actividad industrial, etc.

Pero, si la pandemia escalara entre nosotros una vez levantada la cuarentena, las palabras edulcoradas y políticamente correctas y la sobriedad del protocolo propuesto, darán paso a una práctica que ya se aplicó en España e Italia: crudamente explicado consiste en que una persona –médico o director de un establecimiento nosocomial–, elija a los pacientes cuya salud priorizar y, correlativamente a quiénes dejar a un costado del camino.

La práctica consiste en tomar la decisión de asignar una cama y un respirador –de los pocos existentes y el personal sanitario correspondiente– a determinada persona y no a otra y hacerlo siguiendo ciertas “pautas”, tales como edad (los adultos mayores de setenta son dejados para el último lugar de la lista, por ejemplo; los inmunodeprimidos a la par de ellos o cerca; quienes muestren un deterioro significativo de alguna función, también son ubicados al final de la lista; y entre los que están en condiciones favorecidas para acceder a todos los medios con que el sistema cuenta, se establecen también prioridades: los médicos y agentes del sistema de salud, las fuerzas del orden, etc., tienen preferencia, para que vuelvan a ocuparse de los demás[9]. Ello siendo bien pensado; no faltará alguien que postulará que, de hecho, los políticos, los adinerados, los jueces superiores, y los líderes de los poderes fácticos, serán ubicados primeros con o sin protocolo.

Llegado este punto me permito recordar el Considerando 9º del precedente de la

CSJN en el caso "Montalvo": "los jueces tienen el deber de formular juicios de validez constitucional, pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia; si el más alto tribunal hace esto último, desplaza a los poderes políticos y se convierte en una "superlegislatura", como alguna vez se dijo en la Corte Suprema de Estados Unidos (voto concurrente en el caso "Dennis vs. U.S.", 342 U.S. 494). Además, los jueces deben inclinarse a aceptar la legitimidad si tienen la certeza de que expresan, con fidelidad, "la conciencia jurídica y moral de la comunidad" (Fallos: 248:291, consid. 24º)"[10].

A la luz de este precedente y el paradigma que él recepta, cabría seriamente considerar que sólo el Parlamento nacional estaría autorizado para dictar válidamente normas generales y que fijaran pautas para asignar, en un marco de extrema necesidad, medios escasos a personas que se encuentren en determinadas circunstancias, sin caer con ello en una injusta discriminación.

Nos parece que está descartado en un país como el nuestro que si las sociedades médicas dictan este tipo de protocolos y sus pautas son seguidas por sus miembros, en asuntos tan extremos atinentes a elegir –al final del día - quién vive y quien muere, ellos puedan cobijarse en tales sugerencias para no ser perseguidos ya pasada la pandemia, civil y penalmente, por sus decisiones. Alguien podría decir que sociedades como la SIARTI italiana han dictado normas que establecen estándares o pautas para sus afiliados en casos tales. Pero las corporaciones y sociedades profesionales tienen una historia milenaria en algunos casos en Europa y si incidencia profesional y social y trayectoria es incomparable con las nuestras.

No ignoramos que, en algunos pocos casos, los tribunales han tomado en cuenta las normas deontológicas. La CSJN ha resuelto en los Considerandos 4º, 5º y 6º de un señero fallo: "4. Que, precisamente, es respecto de la actuación de los médicos que deben ponderarse -más allá de su denominación y en razón de su contenido y fines- ciertas reglas aceptadas por los colegios y organizaciones profesionales y, naturalmente, las normas jurídicas positivas que a ellas se vinculan para juzgar adecuadamente el comportamiento de quienes tuvieron a su cargo la atención de la actora, ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida y la obligación, de superior rango axiológico, de obrar con prudencia y pleno conocimiento.

5. Que, en consecuencia, no cabe restringir el alcance de las referidas normas éticas profesionales ni privarlas de toda relevancia jurídica, antes bien, se impone garantizarles un respeto sustancial para evitar la deshumanización del arte de curar, especialmente cuando de la confrontación de los hechos y las exigencias de la conducta profesional así reglada, podría eventualmente surgir un juicio de reproche con entidad como para comprometer la responsabilidad de la demandada.

6. Que, en tales condiciones, se torna necesario admitir los agravios propuestos para obtener, a través de un nuevo pronunciamiento, una decisión en la que se juzgue suficiente y adecuadamente los aspectos omitidos, los alcances de la actividad mencionada y los deberes exigibles a los médicos de las obras sociales, y los recaudos a que corresponde sujetar sus prestaciones..."[11]; criterio que fue reiterado el 24/10/89 en los autos "Amante c/ Asociación Mutual del Transporte automotor"[12].

Es así que en Argentina las normas deontológicas médicas tienen también su importancia en esta materia, como también la tienen indudablemente los contenidos de normas relativas a la bioética.

Pero cabe poner atención en dos conceptos expuestos por la CSJN en el caso “Amante”, ya citado: “5. Encontrándose comprometidos los derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona -preexistentes a todo ordenamiento positivo- no cabe tolerar ni legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resultan incompatibles con el recto ejercicio de la medicina. 6 - Frente a una, hasta cierto punto comprensible, actitud agresiva de quienes requerían -sin ser atendidos- el ingreso al establecimiento asistencial, y una vez alertados la enfermera y el médico de guardia sobre la urgencia del caso, pesaba sobre éste el deber jurídico de obrar, no solamente en función de la obligación de actuar con prudencia y pleno conocimiento impuesto por las normas del Código Civil, sino como consecuencia de la exigibilidad jurídica del deber de asistencia al enfermo que prescriben las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina y la Declaración de Ginebra” (ver Considerandos 5 y 6 de ese fallo).

Si uno quisiera ser agudo bien podría decir que estos dos considerandos del caso “Amante” desnivelan la cuestión. Por lo que nos parece que las pautas deontológicas pueden ser complementarias de las normas legales vigentes, pero no sustituirlas; pueden ellas servir para establecer el cómo de una prestación profesional, pero nunca el qué de ella. Menos aun cuando de decidir quién vive y quien muere se trata.

Tales pautas son útiles para establecer el nivel de diligencia exigible y el estándar de práctica aceptable por la ciencia –la *lex artis* o *lex artis ad hoc*- pero no para determinar criterios de política de salud, frente a una pandemia, al extremo de permitir escudar en ellas la decisión médica de priorizar a unos y negar a otros los medios indispensables para sobrevivir.

Si bien es este un país cambiante, no debe olvidarse que hasta hace poco la discriminación era considerada un delito, incluso cuando de emitir opiniones se trataba; esto es, que llegó a establecerse una especie de censura, que acotaba la garantía constitucional de libertad de expresión, bajo la tacha de discriminación, en supuestos en que la opinión expresada no fuera considerada políticamente correcta. Y hasta hubo personas que sufrieron persecuciones encarnizadas por opiniones suyas algo extremas o agudas, siendo algunas incluso llevadas ante el INADI.

Considerábamos un exceso tales extremismos; siguiendo precedentes e ideas americanas, siempre hemos pensado que la discriminación para ser tal debe ser de trato y que la opinión, garantizada en cuanto a su libertad por la Constitución, no configura discriminación. Pero, como este es un país pendular, no vaya a ser cosa que ahora se termine considerando que no es discriminatorio que un médico, sin norma legal vigente que lo establezca, indique a primera vista –y según pautas legales vigentes- quién debe ser preferido y quién descartado, nada menos que en la asignación de camas, respiradores y personal médico para atender la salud de las personas.

Ello implicaría una privatización de la salud pública, al conjuro de normas de círculos médicos que no pueden sustituir a la voluntad popular, plasmada en ley por sus representantes, de acuerdo a los procedimientos, mayorías y requisitos establecidos constitucionalmente.

Piénsese que por el empleo de estos criterios metajurídicos se desplazaría la aplicación de un criterio jurídico de antiquísima tradición, que está expresamente consagrado en el Código Civil y Comercial, como criterio eminente de asignación de prioridades ante la paridad de situaciones, el principio *prius in tempore, potior in*

jure, es decir, primero en el tiempo, mejor en el derecho. el principio de prelación temporal. Este principio surgido de la costumbre de los molinos romanos que aplicaban la regla *qui primus venerit, primus molet* (quien llega primero, muele primero), se transformó luego, con el correr de los siglos, en una regla general, la regla "*Prius in tempore, potior in jure*"[13].

Como dijimos en un voto, a paridad de derechos, la prioridad en el uso de la cosa o en el ejercicio del derecho marca una preferencia en el derecho. Esta regla del derecho de obligaciones tiene diversas aplicaciones en materia de derecho, y rige a falta de otras pautas de preferencia específicas[14]. Es decir, que, para desplazar una pauta de raigambre legal, que es además un principio general del ordenamiento, debe existir una regla de aplicación preferente y ella no puede ser una norma que no tenga la jerarquía al menos igual que la desplazada.

Sentado ello, un paso más allá, creemos que sería inconstitucional también que por un decreto de necesidad y urgencia el Poder Ejecutivo fijara pautas tales, en un protocolo bioético, que pudiera producir la muerte indirecta de personas, no ubicadas prioritariamente en él. Ello resulta indudable a tenor de lo dispuesto por los artículos 75 inc. 12) y, especialmente, 99 inc. 3) C.N.; este último establece que "el Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo". Y que

"Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal ..., podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

Si se reflexiona con cuidado, el protocolo bioético que se mencionara supra toca de lleno la materia legislativa y, especialmente, la penal, por cuanto constituye un instrumento de carácter general destinado a dar apoyatura a decisiones atinentes a la vida y la muerte de la personas, a dar una suerte de objetividad a esas elecciones y a quitar antijuridicidad a la actuación de quienes tomaran decisiones tan difíciles, las que se pretende amparar en criterios generales y en motivos de oportunidad, mérito y conveniencia, vinculadas al interés social y general. El protocolo es un instrumento jurídico que buscaría neutralizar penalmente quitándole antijuridicidad al delito, que podría configurar tal conducta galénica; cómo dudar de su esencia legislativa y, además, penal, si afecta la interpretación a darse al art. 106 del Código Penal o, incluso, según el criterio penal que se siga, podría afectar la hermenéutica del propio art. 79 C.P. Por ello proponemos la introducción de un último inciso en el art. 34 CP que quite antijuridicidad a las conductas descriptas supra, en el caso de producirse en medio de una pandemia o circunstancia excepcional que impida al médico actuar de otro modo.

Ello dado que en el caso hipotético de que ingresen dos pacientes y haya un solo respirador, si el médico o el director del nosocomio decida salvar a uno de ellos, la conducta del mismo podría subsumirse en el tipo penal del homicidio simple por omisión impropia [comisión por omisión], artículo 79 del Código Penal o, en el delito de Abandono de Persona agravado por la muerte, artículo 106, párrafo tercero, del mismo cuerpo legal, dependiendo las posturas doctrinarias y jurisprudenciales que se adopten para lograr en las constelaciones de casos similares la correcta calificación legal. ¿Cómo dudar de la esencia legislativa, primero y penal, en segundo término, de una norma que persigue quitar la antijuridicidad de estas dos figuras arquetípicas del derecho penal?

Por último, la salvaguarda de la vida de la persona humana tiene jerarquía constitucional y está protegida por los tratados internacionales de idéntico rango - artículo 75, inc. 22, CN y Convención Americana de Derechos Humanos- y un decreto de necesidad y urgencia no puede alterar ni suprimir esos derechos (artículos 14, 28 y 99 inc. 3, CN) [15]; sólo el Parlamento argentino y de acuerdo a parámetros previos a los sucesos, razonables y proporcionados, podrían dictar una serie de parámetros objetivos que tornen justificable la decisión traumática, que pretende tomarse siguiendo un protocolo bioético. Y, en ese caso sí, los jueces –siguiendo el precedente “Montalvo”- no podrían revisar lo allí resuelto en cuanto a su conveniencia.

Por supuesto que esperamos que no se llegue a ello; es más, con la ayuda de Dios tal vez no ocurra. Pero, no puede dejar de considerarse y anticiparse qué ocurriría, si este desenlace favorable no se produce y se llega al peor escenario.

En ese caso, dejar el establecimiento y fijación de los criterios sobre los que se apoyará la toma de decisiones atinentes a la vida y muerte de miles de personas en manos de una sola persona, el Presidente, por más que el mismo se rodee de un “comité de expertos”[16] y firme el decreto el gabinete completo, constituiría una flagrante violación de la Constitución Nacional, especialmente en su artículo 99 inc. 3. Máxime en estos días que la CSJN, por mayoría, ha resuelto que el Senado tiene la autoridad necesaria para interpretar su reglamento y decidir si sesiona en forma presencial o remota. No existen óbices al presente para que los cuerpos colegiados sesionen de alguna forma, piense uno lo que prefiera sobre si la decisión de la Corte fue correcta o si tres de sus miembros anticiparon opinión sin razón legal alguna.

Es menester concluir, en consecuencia, que un protocolo dictado por decreto de necesidad y urgencia, seguido por médicos o directivos de un hospital o clínica, que tomen decisiones apoyadas en él, no significa una causal de justificación legítima de estas conductas galénicas, en especial, porque el mismo –por bienintencionado que se declare-, ha sido dictado contrariando no solo el espíritu, sino el propio texto de la Constitución Nacional, en su artículo 99 inc. 3. Quienes pretendan amparar su conducta profesional en un instrumento de esencia legislativa penal, emitido por decreto de necesidad y urgencia, serán responsables de tales decisiones, como lo son los subordinados que cumplen órdenes ilegítimas de superiores jerárquicos, las que no pueden amparar en la obediencia debida; ello, dado que no hay obediencia debida en la ilegalidad de las órdenes cumplidas o en la inconstitucionalidad de las normas aplicadas.

Pero la cuestión empeora. Sencillamente porque, al presente, la situación de médicos y directores de nosocomios y establecimientos de salud es todavía más delicada, ya que no cuentan siquiera con ese protocolo, ni con una norma general.

Al día de hoy la toma de una decisión de “a este paciente sí, a este no” en el ámbito hospitalario o sanatorial, implicaría el encuadramiento de esa conducta prima facie en un paradigma doloso, al menos por actuar “con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”, en este caso, la vida o integridad física del paciente al que no se le asignó la prioridad y los medios que ella aparece.

Es una situación equiparable a la del médico que, dejando de lado su autonomía científica, sigue instrucciones de la autoridad de una clínica de demorar la atención de un paciente en grave estado, hasta tanto “estén solucionadas las cuestiones económicas de su atención”, en buen romance, hasta que esté asegurado el pago de lo que vaya a hacersele al paciente. Si durante esa espera el paciente fallece, pierde

chances de sobrevivencia o de preservación de su integridad física, el médico será responsable a título personal de tales daños, además de la clínica obviamente; pero el médico lo será a título de dolo o culpa grave, no pudiendo ampararse en las instrucciones recibidas, ni siendo ellas escudo contra las consecuencias civiles, penales y deontológicas que puedan sobrevenirle al galeno. Este criterio es aplicable al caso de la asignación de medios durante esta pandemia.

Es decir, que al presente y en tanto no se dicte un protocolo bioético legislativamente sancionado en debida forma, o, al menos ratificado por el Parlamento, que brinde alguna objetividad a la selección de beneficiados de los medios escasos con que cuenta el sistema de salud, el dolo es directo de parte de quien elige a qué pacientes prioriza y a cuáles deja de lado.

Además de todo porque allí la causalidad no es compleja de establecer: en el dolo y en estos supuestos la causalidad es mucho más sencilla que en la conducta culposa galénica tradicional: en el caso que analizamos se trata casi de una causalidad contrafáctica. Quien deja de lado a un paciente, si este muere, lo ha condenado a morir, al privarlo de los medios imprescindibles para su supervivencia.

En las guerras y bajo ataque enemigo o en un naufragio es mucho más fácil justificar y digerir este tipo de elecciones dramáticas. Pero respecto de una pandemia que lleva meses propagándose por el mundo, con una población mantenida en sus casas en el marco de una economía parada, cuando ha habido meses para tomar previsiones, tiempo que otros países no han tenido, es dudoso que la aplicación de un protocolo así, no emanado del Parlamento como manda la Constitución para dictar las normas legislativas de naturaleza penal, constituya un instrumento de justificación eficaz para decisiones sobre la vida y la muerte de las personas. Si eso ocurre, durante el tiempo de prescripción de la pena de los eventuales delitos que puedan cometerse en nombre del Protocolo o de la conveniencia, seguramente la preocupación embargará a quienes han participado de hechos tales.

Piénsese, asimismo, que con el temor a llegar a estos extremos se ha asustado a la población para convencerla de quedarse en sus casas; en la mayoría de los casos ha funcionado. Y si pese a quedarse en sus casas y parar la economía del país como nunca antes, igualmente sobreviniese un escenario catastrófico, ¿serían válidas estas decisiones instrumentadas en un protocolo, emitido de manera tan particular? Dejamos la respuesta a los lectores y a los tribunales, con la esperanza de que no se llegue a tales extremos, pero tratando de encontrar ideas y conceptos, por si ellos desafortunadamente sucediesen.

Más allá del tema bioético, jurídicamente este mecanismo significa una forma de dolo: quien toma la decisión de quitar a una persona los medios imprescindibles para salvar su vida, para asignarlos a otro que parece estar en mejores condiciones de sobrevivir, en los términos del art. 1724 CCC in fine, puede constituir un supuesto de dolo delictual y en los del art. 106 del Código Penal, ello en condiciones normales constituiría un caso de abandono de persona, si no se siguen teorías aún más firmes, que indican que penalmente se trataría de un caso de homicidio simple.

Seguramente el lector habrá reparado a esta altura que no exagerábamos al comienzo de este estudio, ni en trabajos previos, cuando explicitamos nuestro criterio de que la regulación de los factores de atribución de responsabilidad de base subjetiva en el Código Civil y Comercial dejaba mucho que desear.

Como sea, como no es suficiente frente a una calamidad pública de esta magnitud

solo señalar el problema, sino que debe uno aportar alguna idea para su solución, proponemos enfáticamente que cuando se reúna el Parlamento, para tratar los decretos de necesidad y urgencia ya dictados por el Presidente, se aproveche la ocasión para tratar la adición al artículo 1724 CCC y a los artículos 106 o 79 CP, según la postura doctrinaria que se decida plasmar en él, de un párrafo adicional que brinde cobertura a los profesionales y otros individuos que tomen decisiones dramáticas, en el seno de una pandemia que torne inevitable las consecuencias de ella, restando antijuridicidad a sus conductas.

Como la antijuridicidad es integral y no parcelaria, la medida aliviaría penal y civilmente la situación de los posibles involucrados, justificando sus conductas y evitándoles un largo peregrinar por los estrados judiciales. En estos días a los médicos se los aplaude a las 21 hs; pero este país es cambiante y no sería extraño que, en un tiempo, cuando la gente trate de olvidar estos días aciagos, los humores cambien y la búsqueda de responsabilidades florezca. Por ello, mejor prevenir que lamentar.

4. La culpa en el Código Civil y Comercial

La culpa es una desviación respecto de un modelo de conducta o estándar; es un modo de comportamiento objetivamente menos diligente que el requerible a ese sujeto en sus circunstancias de tiempo, lugar y persona. La culpa siempre consiste en una omisión: la omisión de la diligencia exigible, según las circunstancias descriptas.

Y será más exigente el nivel de diligencia exigible, cuanto mayor sea la capacitación y el deber de actuar con prudencia y pleno conocimiento del agente o la confianza depositada en él (artículo 1725 CCCN). La culpa no es un molde abstracto, sino que en nuestro país el concepto culpa surge de conjugar diversas normas, entre las cuales las más importantes son los artículos 1724, 1725 y 1721 CCCN.

En materia de apreciación de la culpa, –y más allá de algunas normas sueltas– el nuevo Código sigue de cerca la senda trazada por el Código de Vélez. Ello, pues el nuevo artículo 1725 CCC no es otra cosa que la reunión de dos normas de aquél, de dos particularmente atinadas del ordenamiento velezano: sus artículos 902 y 909.

El primer párrafo del artículo 1725 CCC es equivalente al artículo 902 C. Vélez, aunque el final de la frase cambia de redacción, pero sin alterar su sentido. En la culpa no existe el propósito deliberado de dañar. Se daña simplemente por imprevisión, por no haber tenido el cuidado de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la prestación o el acto. No se persigue causar un daño, ni existe indiferencia ante el resultado, como ocurre en el dolo.

“La culpa implica la existencia de voluntad. El acto culpable es voluntario, como lo es también el acto doloso, aun cuando en uno y otro caso se trate de voluntades que tienen con relación a los efectos del acto un contenido y una dirección diferentes. Es fácil la calificación de un acto doloso y aparecen también claras su imputabilidad y las de sus consecuencias. Pero no ocurre lo mismo con la determinación de un acto culpable y de la medida de la consiguiente responsabilidad” [17], lo que ha dado lugar a múltiples dubitaciones.

“La conducta del deudor es culposa en dos casos: a) cuando conociendo la posibilidad de que su conducta pueda implicar una falta en el cumplimiento, el deudor actúa descuidando la previsión necesaria, con la esperanza de que el daño no se produzca; b) cuando no se conoce la posibilidad de un resultado adverso, pero

de haberse observado la diligencia exigible, se la habría conocido. Por lo tanto, al deudor no le sirve de excusa el no haber previsto las consecuencias de su omisión si hubiera tenido que preverlas” [18].

Se está en presencia de un acto negligente y culposo cuando se puede efectuar un juicio de reproche al agente, el que no se fundará en su malevolencia o intención de dañar, sino en su comportamiento irrazonable, consistente en no haber actuado como lo haría un hombre normalmente prudente y avisado[19]. Creemos que la conducta –también la conducta culposa– debe apreciarse con un criterio normal, ni benévolo ni en extremo exigente.

Los extremismos no son buenos en nada, pero aún menos lo son en cuanto a apreciación de conductas. El extremismo y una especie suya, el fanatismo, son hijos de la falta de reflexión serena, de la fascinación antes levedades sustanciales, del seguimiento de pensamientos ajenos, del acatamiento de consignas, de la dilución del hombre en la masa informe.

Por supuesto que la diligencia no es una conducta apodíctica que quede configurada por su mera manifestación. Quien esgrime haber sido diligente debe acreditarlo, normalmente de modo discursivo, cuando su conducta habla por sí, quedando probada la diligencia in se ipsa. En otros casos, se requiere alguna prueba de esa diligencia. Pero nunca, la declamación de diligencia es suficiente, justamente porque la diligencia es una conducta y no un estado gnoseológico[20].

El nuevo Código ha empleado diversas terminologías para referirse a una misma cosa: la diligencia exigible, hablando en algunos casos de diligencia apropiada, en otros de diligencia razonable y otras nomenclaturas diversas, que han quedado esparcidas por el nuevo ordenamiento, como si flotaran al gairete, sin destino, sin dirección, cual si fueran claveles del aire.

Más allá de lo inconveniente de no unificar la nomenclatura, lo más complejo es que falta en el nuevo ordenamiento el parámetro medio de comparación, que se ha eliminado del Código sin decirlo claramente: el del buen padre de familia.

El buen padre de familia viene así a ser una figura fantasmagórica en el nuevo código, porque no está presente, pero debiera estarlo y se aprecia esa necesidad y el desacierto de quitar el arquetipo medio de comparación, no bien se repasan las catorce normas que el legislador que dictó la Ley N° 26994 y la Comisión que redactó el Anteproyecto, han dedicado a la diligencia. Solo cinco de esas normas pueden prescindir de la figura del buen padre de familia o de otro modelo medio de comparación que debió ocupar su lugar. Las nueve restantes, al faltar el arquetipo, giran sin dirección, sin un propósito claro.

Es que constituye un severo desacierto establecer normas sobre apreciación del comportamiento sin un quicio o eje inequívoco sobre el que ellas deben girar. Igualmente resulta un desatino pensar un sistema de apreciación del comportamiento sin un paradigma abstracto de comparación, que fije la diligencia que era exigible al agente, para luego comprobar si en el caso concreto el mismo ha satisfecho este nivel de exigencia.

Por ende, creemos que interpretativamente debe el juez o el operador jurídico tener por existente en el nuevo Código una figura, pauta o standard medio de comparación, a la manera del buen padre de familia, aunque si se prefiere se le llame de otro modo, persona razonable y prudente o de diligencia media.

También debe extraerse del Código un arquetipo profesional de conducta exigible, que no es otro que el del buen profesional o artífice, que se corporiza en los artículos 1358 y 2026 CCC y que seguidamente abordaremos.

5. La apreciación del comportamiento profesional

Para distinguir negligencia de diligencia debe apreciarse la conducta del agente; en materia de apreciación de la culpa existen, en derecho comparado, dos sistemas:

a) El que la considera en abstracto, confrontando la conducta del obligado con tipos de comparación escogidos a priori: el buen padre de familia, la persona razonable y prudente (artículo 1317 CCC), el buen hombre de negocios (artículos 1483 inc. b) y 1674 CCC), el buen ganadero (artículo 2174, Cód. Civ. italiano), etcétera.

b) El que se inclina en el sentido de apreciar cada hecho en concreto, dejando a la prudencia de los jueces juzgar de acuerdo a la naturaleza de la obligación y las particularidades del caso, que sería el adoptado por el artículo 512 del Código de Vélez y los artículos 1340 y 1724 del nuevo CCC.

Creemos que ninguno de los dos sistemas por sí solo puede solucionar los problemas y complejidades que plantea la apreciación de conductas. Se requiere de una conmixtión o conglobamiento de ambos, esto es, una aplicación que focalice los hechos y circunstancias del caso, pero que los refiera a una pauta o parámetro general de comparación, para deslindar la cuestión de la relación existente entre lo que era exigible a ese agente y lo que éste, finalmente, actuó.

Quien afirme que puede juzgar y valorar conductas con uno solo de estos métodos y prescindiendo del otro lo hace, sencillamente, porque nunca ha sido juez y no ha tenido la delicada tarea de juzgar conductas, lo que exige hacerlo bajo parámetros ciertos y objetivos, además de concretos. Quienes sí lo hemos sido, sabemos que abstracción y concreción son dos fases de la faena apreciativa de la conducta y no pueden ser disociadas. Puede haber más abstracción o mayor concreción, según el sistema elegido, pero no puede faltar en la apreciación algo de ambas, si no se quiere plasmar una cabal sofistería o una evaluación ligera, carente de toda precisión.

La actuación de cada persona debe ser juzgada según las circunstancias, capacidades y aptitudes del agente; consecuentemente, prima facie, la culpa se aprecia en concreto en nuestro sistema legal, en especial, por conducto del artículo 1725 primera parte CCC.

La apreciación de toda culpa tiene un fundamental componente de concreción^[21], por lo que no caben en esa faena las conjeturas, las suposiciones, las muletillas o cartabones judiciales o el exceso de imaginación del juez.

Pero, es también cierto que la apreciación de la culpa no es totalmente concreta, sino que prima un criterio intermedio, a la vez abstracto y concreto ya que, en su aplicación práctica, el sistema abstracto no prescinde de la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, de tiempo y lugar y el sistema concreto compara la conducta del agente con la del tipo medio de hombre, a quien se exige una diligencia normal u ordinaria.

Claro que existen conductas que objetivamente, y con prescindencia de quien las realice, resultan arquetípicamente culposas o negligentes, como sería por ejemplo invadir un pista o circuito de alta velocidad de esquí durante una competencia:

cualquiera y todos quienes cometan esa conducta realizan un acto que, amén de poner en serio peligro su propia vida, puede significar interponerse en el paso de un esquiador que desciende una cuesta de alto gradiente (en algunos casos hasta de 50°), a altísima velocidad y sin poder controlarla ni detenerse, con lo que la inercia del movimiento y la aceleración de la caída los convierte en bólidos humanos. Quien se interpone en una pista tal comete objetivamente un acto negligente[22]. Quien cruza una ruta de intenso tránsito por un lugar prohibido también. Y hay muchos más ejemplos.

El artículo 1724 del nuevo Código, conforma con los artículos 1725, 1727, 1728, 1729 y 1733 CCC, un elenco normativo en el que prima una coordinación o compatibilización de ambos sistemas de apreciación de la culpa (en concreto y en abstracto).

Si bien se mira, todas estas normas sientan el principio de apreciación en concreto de la diligencia debida; no otra cosa es lo que hace el artículo 1728 CCC cuando se refiere a las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de celebración del contrato.

Obviamente no son idénticas las miras de un médico especialista en traumatología, que las de un masajista autodidacta, que se dedica a aliviar dolores musculares y que un día para ayudar a un vecino intentó colocarle un brazo salido de lugar, lesionándolo; ni las de un ingeniero civil que las del albañil que lleva adelante una obra que éste proyectara, ni por ende es la misma la previsión y el cuidado exigible a uno y otro. Y todos ellos pueden haber sido contratantes. Por eso la previsibilidad en el artículo 1728 CCC no es la de cualquier contratante, sino la de los contratantes concretos que consensuaron el contrato. Y en el texto del artículo 1725 primer parte CCC –en directa correlación del artículo 1724 in medio CCC–, en forma clarísima, transparente, cristalina, se echa mano al paradigma de la apreciación en concreto de la conducta.

Pero, bien se ha dicho que los Códigos son objetivos e impersonales y esa impersonalidad implica una cierta deshumanización, pues el hombre no aparece nominado como tal en los códigos. En su lugar está el poseedor, el locador, el tutor, el usufructuario, etc. [23].

Y llevar al extremo la exigencia de concreción implicaría privarse de todo parámetro de comparación y carecer de bases para establecer el nivel de diligencia que era exigible a ese concreto agente, lo que implica que no se podría saber verdaderamente si él alcanza o no la marca que debía superar, como nivel mínimo de diligencia exigible.

Así como se habla de una *lex artis ad hoc* en el caso del nivel de diligencia profesional a alcanzar, lo mismo ocurre con los otros paradigmas de comportamiento, por lo que puede sin inconveniente –y permítasenos el neologismo– hablar de un nivel de diligencia *ad hoc*, esto es, un nivel exigible en el caso concreto.

Es así que, para establecer el nivel de diligencia que debía alcanzar el agente en ese supuesto, se requiere realizar un cierto ejercicio de abstracción, para comparar lo que hubiera estado obligado a realizar un agente término medio de la categoría en que encuadra el sujeto cuya conducta se evalúa; ese paradigma abstracto original se utiliza como molde para vaciar el contenido de lo actuado por el sujeto concreto a quien se quiere imputar la responsabilidad por actuar culposamente.

Si de esa comparación surge que éste ha obrado deficitariamente respecto de ese parámetro, la conclusión es obvia: su conducta ha sido culposa; es por ello que decimos que en cierta forma el sistema de apreciación de la culpa de nuestro Código es en parte concreto y en parte abstracto, o primordialmente concreto, pero con importantes componentes de abstracción en su base. O, dicho en palabras llanas, que nuestro sistema de apreciación tiene dos fases: la primera abstracta, consistente en determinar en qué arquetipo comparativo encuadra el sujeto cuya conducta se evalúa y, luego, cuáles son las exigencias de ese paradigma para un sujeto término medio encuadrable en esa categoría.

Luego de ella, la segunda fase es concreta; ella consiste en verificar si “nuestro” agente ha satisfecho en el caso el nivel de exigencia que se requería, al menos, al término medio de su categoría de encuadramiento y, luego, corregir ese modelo hacia arriba, si el sujeto evaluado tiene una especial formación, si ha sido becario del Hospital Mount Sinaí de Nueva York, si ha cursado especializaciones, si ha hecho cursos de postgrado en el extranjero, etc.; ello, en vista de lo establecido por el artículo 1725 CCC, primer párrafo.

Algo muy similar afirman sobre la apreciación de la culpa en el derecho francés las profesoras Yvaine Buffelan Lanore y Virginie Larribau Terneyre[24] y Philippe Brun, para quien “el principio de apreciación en abstracto no impide indudablemente a los jueces tener en cuenta ciertas particularidades propias de la especie considerada y, fundamentalmente, el grado de diligencia seguido por el agente...”[25].

Toda labor apreciativa requiere necesariamente comparar, y para ello obviamente debe contarse con algún modelo o arquetipo que sirva para esa comparación; sin dicho rasero las calificaciones de “normal”, “medio”, “correcto” carecen de base y pierden sentido. Para juzgar la diligencia o negligencia de un comportamiento, el juez no puede dejar de lado la comparación, tiene que confrontar la conducta del obligado en el caso concreto, con otro punto de referencia, que habrá de ser igualmente una conducta humana.

Si la confrontación se hace con un tipo ideal o paradigmático – la persona prudente y razonable o el buen profesional o artífice– se tratará de una apreciación en parte abstracta, dado que el juez no tiene un modelo ante sí y debe configurarlo imaginariamente, preguntándose de acuerdo a la *lex artis* vigente, si un buen profesional tomaría tal o cual riesgo. ¿Expondría a la paciente a tal posibilidad?, etc.

Pero no acaba allí la cuestión, pues la apreciación de toda culpa tiene un fundamental componente de concreción, lo que no implica que no pueda ni deba tomarse en consideración pautas comparativas de esa conducta particular, que de otro modo debiera ser considerada como la conducta de los habitantes originales del Edén, cual si los hombres vivieran y actuaran en soledad, lo que es inconcebible.

La apreciación de la culpa a tenor de las directivas del artículo 1725 CCC, imaginando el tipo abstracto del “buen profesional o artífice”, constituye una apreciación mixta, porque luego de trazado el nivel de diligencia a alcanzar, en el otro polo se cuenta, para su comparación o aparejamiento con aquel arquetipo ideal, del comportamiento real, tangible, del agente en el caso dado y en las precisas circunstancias de personas, tiempo y lugar; ello, pues de lo que se trata es de apreciar si un “buen profesional” puesto en esas mismas circunstancias fácticas, habría o no obrado como lo hizo aquél.

Dicha tarea comparativa requiere inexcusablemente la puesta de esas dos conductas una junto a la otra, para así poder ir constatando las diferencias o semejanzas que pudiesen existir entre las mismas.

Esta cierta abstracción, en modo alguno implica que el juez deba fijar su vista a la altura de los ideales inalcanzables, exigiendo al agente una diligencia imposible o no corriente, o considerando culposa su conducta ante el más mínimo déficit de su actuación[26]; contra esta exigencia extrema hemos prevenido antes y resaltamos aquí la medida con que los jueces deben juzgar las conductas, no como si evaluaran insectos tenidos a la vista en un microscopio, sino enfocando circunstancias posibles y probadas de la vida cotidiana y del caso particular y recordando siempre que el hombre es imperfecto por naturaleza y que no cabe exigirle imposibles.

Si de esta labor comparativa el juez concluye que el agente ha omitido los cuidados, y no puso de su parte lo que la naturaleza de la obligación y las circunstancias que la rodeaban le exigían, habrá incurrido en culpa y estará obligado a responder, conforme establece los artículos 1724 y 1725 CCC.

Para avanzar en el análisis, debe comenzarse por indagar qué significado porta la palabra diligencia; en un sentido vulgar significa esfuerzo, cuidado o eficacia al ejecutar una actividad; pero hoy día significa más, implica la compleja actividad que una persona tiene el deber de desplegar en una situación jurídica determinada. El maestro Federico de Castro, con su habitual sutileza, señaló que se trata de un modelo de conducta al que los usos sociales dotan de contenido efectivo.

Para comprender mejor ello, resulta útil repasar cuál es el paradigma o modelo de apreciación del comportamiento profesional, lo que haremos seguidamente.

6. El modelo de profesional o artífice

El nuevo Código ha receptado en dos normas distintas el modelo o arquetipo de diligencia profesional; lo ha hecho en los artículos 1358 y 2026. En el primero habla de la diligencia que corresponda a su profesión; y en el segundo menta a las reglas del arte, lo que da recepción a la pauta de la *lex artis* o *lex artis ad hoc*, en el seno del nuevo ordenamiento.

Como primera medida para definir este modelo agravado de diligencia, cuadra decir que ni en el Código anterior, ni en el nuevo existe una noción profesional de culpa. La culpa es un concepto general para todos los agentes, solo que se aprecia según las circunstancias de cada uno, que no son las mismas para un profesional, que para un profano.

Pero la especialidad de la actuación de los profesionales no amerita un concepto especial de culpa, sino una apreciación particular de sus circunstancias, que no hace sino agravar la previsión que a ellos se exige, por sobre la que se requeriría a una persona razonable y prudente o a un profano. No cabe entonces sostener la existencia de una culpa especial para los profesionales o una culpa independiente de los principios generales que emanan de los artículos 1724 y 1725 del Código Civil y Comercial.

Por esto no existe un criterio profesionalista de culpa, ni una concepción especial para el artífice o perito. Bien se ha declarado que la culpa, en los casos de responsabilidad por mala praxis, no debe ser valorada con un criterio particular o benevolente, fundado en la necesidad de las investigaciones científicas o de no poner trabas a la actividad profesional, sino que debe hacerse sin apartarse de lo

que dispone el derecho común[27].

Por eso, no se duda, que en todo el Código campa la máxima del artículo 1725 CCC, que lleva a la obligación de extremar los recaudos a quién ostenta cualidades, habilidades o conocimientos especiales, arquetípicamente un profesional universitario en el ejercicio de su profesión.

Y aun cuando no exista un concepto profesional de culpa, es obvio, es razonable que no cabe equiparar un profesional (vgr. un médico cirujano o un anestesiista) a un hombre común, permitiendo la fácil absolución de galenos que han cometido errores graves, impropios de su condición. La responsabilidad del profesional se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos, exigencia que no puede confundirse con la más simple de un hombre cuidadoso.

Claramente quien encaja en alguna de las categorías especiales, como la que aquí comentamos, no puede reclamar ser juzgado como un mero padre de familia –o ahora una persona prudente término medio–, ya que el standard de exigencia es más alto en estas categorías que en la genérica del buen padre. Así por ejemplo, la conducta de profesionales no puede ser excusada fácilmente, tomando como modelo de diligencia un tipo medio como el del buen padre de familia o el de la persona razonable y prudente -que lo reemplaza-, dado el título profesional que ostentan los agentes y que torna aplicable para la apreciación de la diligencia debida la pauta del artículo 1725 primera parte CCC[28].

Como se resolviera en diversas sentencias, debe aplicarse un criterio incluso más estricto con relación a la evaluación de la culpa de los profesionales, frente al profano que requiere de sus servicios precisamente en atención a la calidad científica o técnica de los mismos y a que cabe suponer que al requerir la asistencia de un profesional, ello lo ha sido en virtud de la confianza especial que depositara el consumidor jurídico[29]. Ello así, no cualquier alegación ni cualquier prueba sería apta para liberar de responsabilidad al abogado demandado por mala praxis, dada su condición de profesional frente a un profano y el desnivel cognoscitivo y de posibilidades que éste exhibe frente al cliente[30].

Y en un precedente se dijo que el caso de los médicos es el supuesto en que mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, pues a ellos se confía, de modo exclusivo, la lucha contra las enfermedades y, en determinadas circunstancias, la vida de los pacientes, por lo que la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad [31].

Claro que ello no significa que se pueda sutilizar la culpa a un extremo en que cualquier pequeña omisión o déficit, explicable en el fárrago de la medicina moderna y, más aún, en un contexto de pandemia, pueda comprometer al médico; no se trata de crear supuestos de culpa a partir de nimiedades, extremando la diligencia exigible a ultranza, sino de aplicar criterios de valoración sensatos y previsibles, no sobre la base de conjeturas, sino de lo que es posible y cotidiano en la medicina actual y de lo que se aparta de las prácticas aceptadas.

Un concepto clave para evaluar si un agente se ha comportado como un buen profesional es el de *lex artis* o *lex artis ad hoc*, que ahora ha anidado en el artículo 2026 del nuevo Código. La *lex artis* es el conjunto de conocimientos adquiridos por la ciencia de que se trate en un determinado momento y lugar.

Se ha postulado que

“bajo la amplia fórmula *lex artis*, *leges artium*, *legis artis* o reglas del arte, entre otra terminología) se engloba el contenido de la libre y diligente actuación profesional, esto es, abriga aquella serie de actitudes y conocimientos aplicables a su ejercicio, cuya obtención y práctica conlleva que el profesional sea socialmente reconocido como tal. A pesar de que esta propia voz –profesional– constituye una noción metajurídica ... equivale a ostentar determinados conocimientos en una concreta materia que llevan aparejados una cualificación profesional (plasmada, a su vez, en una certificación o título), constituyendo lo más característico de las profesiones liberales –como es la médica– la autonomía o independencia en su ejercicio con sometimiento, como criterio rector, a esta denominada *lex artis* con carácter prácticamente exclusivo ... Cabe mantener que las *leges artium* de cada profesión son aquéllas que gobiernan la actuación de los profesionales que consideremos, toda vez que el genérico modelo de conducta del buen padre de familia se caracteriza, precisamente, por la negación de todo conocimiento técnico, su naturaleza no profesional o especializada, afirmándose que la negligencia del médico reside en no actuar con la misma diligencia con que los hombres que tienen la misma profesión, comúnmente actúan, es decir, en inobservar en su ámbito la diligencia debida”[32].

Y diversas sentencias españolas se han ocupado de definir a la *lex artis ad hoc*, que no es otra cosa que las reglas técnicas concretamente aplicables en un caso dado. Certeramente se ha precisado que “el concepto de “*Lex artis ad hoc*” es una construcción jurisprudencial que se ha ido perfilando en varias sentencias a lo largo de los años, siendo quizás la más significativa de todas ellas la del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 1991, que la define como

“aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina-ciencia o arte médico que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto 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 prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)” [33].

Este conjunto de reglas del arte no es de seguimiento inexorable por los profesionales; de otro modo, si no hubiera expertos que se atrevieran a ir más allá de la ortodoxia actual, las ciencias no evolucionarían; seguiríamos aún en la época de la medicina de las ventosas, las cataplasmas y las sangrías.

Ahora bien, cuando un profesional no sigue la *lex artis*, debe imperativamente asegurarse de lograr el resultado buscado a través de su propia técnica, pues no hallará cobijo legal su práctica, si apartándose de la técnica convencional reconocida no obtiene el resultado esperado o comprometido.

La *lex artis* es un resguardo contra la falta de resultados[34]; pues si los buenos resultados se producen sin cumplirla, nada habrá que reprochar al profesional innovador o arriesgado, a mérito de la sagaz frase popular de que el éxito no requiere de explicaciones[35], a lo que se suma que en Derecho Civil, por regla, no hay delitos de peligro abstracto.

En un fallo se dijo que el médico está sujeto a aquellas disposiciones que castigan la impericia, la ignorancia o cualquier otro acto culposos, por negligencia o imprudencia, toda vez que en las intervenciones médicamente indicadas y realizadas según las reglas del arte médico, siempre será rigurosamente obligatoria la observancia de la "lex artis", la actuación de profesionales técnicamente competente, el empleo de ambientes quirúrgicos apropiados, la realización de precisos estudios y experimentos exhaustivos, la eliminación de todos los riesgos no indispensables y una técnica operatoria irreprochable[36].

Claro que la praxis médica debe juzgarse a la luz de las exigencias, datos, posibilidades del paciente y conocimientos existentes al momento de realizarse ella. Lo contrario implicaría una exigencia desmedida, porque podrían cargarse sobre los profesionales deberes inmensos, sobre la base de datos no conocidos al momento de realizar la práctica, lo que es injustificable[37].

De tal modo, será negligente el profesional que no siguiendo la lex artis, no obtenga los resultados esperados o prometidos al cliente o paciente; y no lo será el que los obtenga, así sea por azar o raro sortilegio, por guiarse por ideas propias[38] o por cultivar una técnica personal, que incluso no pueda describir técnicamente, siempre que le funcione y no le produzca daños al paciente.

7. Observaciones

De lo expuesto creemos menester extraer algunas observaciones. Tales las siguientes:

a) El Covid-19 pone de resalto la fragilidad de nuestras instituciones, de nuestras políticas, de nuestras organizaciones y la futilidad de muchas ideas que habían anidado en nuestra sociedad. Abre brechas entre la gente, crea desconfianzas, histerias, rompe solidaridades, demostrando que el extremismo fáctico irracional está más presente entre nosotros de lo que mucha gente pensaba.

b) Resulta fundamental actualizar nuestro derecho con un agregado urgente al artículo 1724 del Código Civil y Comercial y a los artículos 106 y/o 79 del Código Penal, que introduzca una causal de excusación de responsabilidad de los médicos y operadores del sistema sanitario que se vean obligados a tomar decisiones dramáticas en el seno de circunstancias que les son inevitables y no pueden manejar de otra manera, sin que quede configurado en ese caso el delito de abandono de persona y un daño resarcible.

c) En el seno de la pandemia, la culpa profesional debe ser analizada con detalle, acudiendo a criterios objetivos, pero no extremando la diligencia exigible ni creando culpas a partir de nimiedades.

d) El artículo 1725 primera parte CCC sienta una regla doctrinaria y científica que debe ponderarse en tanto rige –en general–, toda gama de actividad de la que resulta que la responsabilidad emergente de los hechos y sus consecuencias.

e) Los conocimientos especializados no pueden sino agravar las consecuencias que se ponen a cargo del agente.

f) El parámetro objetivo del buen profesional o artífice, concretado en el caso con las circunstancias referidas por el artículo 1725 CCC, 1ª parte, deberá ser empleado para establecer mentalmente el nivel de diligencia que era exigible a ese agente particular, en un caso dado; ese es el componente o factor abstracto de la faena

apreciativa. Luego la comparación sí se hará en concreto.

Notas

- [1] Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) - Académico correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de la de Córdoba – Académico no numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Galicia, España) – Experto evaluador externo de carreras de postgrado de la CONEAU - Profesor visitante de las Universidades Washington University (EEUU), Rey Juan Carlos y de La Coruña (España), de Savoie y Sorbonne – París Cité (Francia), de Coimbra (Portugal), de Perugia (Italia) - Autor de treinta y cuatro libros en temas de Derecho Civil y Procesal Civil – Ex Juez de Cámara en lo Civil y Comercial – Ex Asesor General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires – Autor de 35 libros de Derecho Civil o Procesal Civil - Conferencista y publicista.
- [2] Ver “Marco normativo sobre COVID-19 en Argentina”, de Sebastián Guido Forino, María Claudia Vidal Arteta, Julián Santiago N. Fornaro y Romina Belén Paillet, en revista *El Derecho* del 23/4/2020, pág. 1 a 10.
- [3] LÓPEZ MESA, Marcelo, comentario a los artículos 1724 y 1725 CCC, en LÓPEZ MESA, M. – BARREIRA DELFINO, Eduardo (Directores), “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Interacción normativa, jurisprudencia seleccionada. Examen y crítica”, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2019, T. I0-A.
- [4] Como se dijo en un fallo capitalino, cuando el galeno utiliza una cosa riesgosa o viciosa, es deudor de una obligación de seguridad contractual de resultado, la cual se vio incumplida en el caso (CNCiv., sala L, 18/11/2014, C., C. V. c. Instituto Quirúrgico Laser S.A. y otro s/ daños y perjuicios, RCyS 2015-VIII, 113).
- [5] PICASSO, Sebastián, nota al artículo 1072 C.C., en BUERES-HIGHTON, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Bs. As., T. 3, pág. 157, § 5-b.
- [6] Ver numerosos protocolos bioéticos de tratamiento del Covid-19 y otros coronavirus en <https://www.iborjabioetica.urleu.es/protocolos-y-recomendaciones>
- [7] Vid nota de Hugo Alconada Mon, titulada “Coronavirus: Definen un protocolo de prioridades en la atención médica”, en <https://www.lanacion.com.ar/politica/definen-un-protocolo-de-prioridades-en-la-atencion-medica-nid2353057> Ver asimismo <https://www.bioeticablog.com/coronavirus-italia-recursos/>, blog donde se consignan numerosos protocolos bioéticos, de diversas asociaciones, regiones y países.
- [8] Ver la nota de Carlos Pagni titulada “Coronavirus. La paradoja que faltaba: se enfermó la salud”, en <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-paradoja-que-faltaba-se-enfermo-la-salud-nid2357195>
- [9] Ver Recomendaciones de ética clínica de la Sociedad Italiana de Anestesia, Analgesia, Reanimación y Cuidados Intensivos (Siaarti), en las cuales está presente el criterio de darle prioridad "a quien tenga más probabilidades de supervivencia" a la enfermedad. El documento de la SIAARTI contiene un total de 15 puntos. Su objetivo es ofrecer apoyo a aquellos obligados a tomar en poco tiempo las "decisiones dolorosas desde un punto de vista ético y clínico", es decir, qué pacientes se someten a tratamiento intensivo cuando los recursos no son suficientes. "Se privilegia la mayor esperanza de vida"; esto significa que no es necesario tener que seguir un criterio de acceso a cuidados intensivos del tipo 'primero en llegar, primero en ser

atendido", comunicó la organización. "Puede hacerse necesario poner un límite de edad al ingreso en terapia intensiva. Es necesario reservar recursos que pueden ser muy escasos" se agregó (<http://www.siaarti.it/SiteAssets/News/COVID19%20-%20documenti%20SIAARTI/SIAARTI%20-%20Covid19%20-%20Raccomandazioni%20di%20etica%20clinica.pdf>). Y ver el Protocolo de Bioética de la Generalitat de Catalunya, en <https://www.iborja.bioetica.url.edu/sites/default/files/inline-files/Consideracions%20del%20BC%20da%20la%20Pandemia%20pel%20COVID19-%20%281%29.pdf>

[10] Cfr. CSJN, 11/12/1990, "Montalvo, Ernesto A.", Fallos 313:1333, voto de la mayoría.

[11] CSJN, 29/3/84, "González Oronó de Leguizamón, Norma M. c/ Federación de Trabajadores Jaboneros y afines", LL 1984-B-390, LL 984-10-916 y JA 984-II-373.

[12] Cfr. ED 136-679 y JA 1990-II-126.

[13] Cfr. WACKE, Andreas, "Quien llega primero, muele primero"; prior tempore, posterior iure. El principio de prioridad en la Historia del Derecho y en la dogmática jurídica", en "Anuario de Derecho Civil" (España), Tomo XLV, fasc. 1, Madrid, enero-Marzo MCMXCII (1992), pág. 38.

[14] CACC Trelew, Sala A, 09/11/2011, "HEREDEROS de J. M. s/ Tercería de Mejor Derecho en Autos "PANDULLO, Rumana Antonia c/ SUPERTIENDAS E. S. S.A. s/ COBRO DE PESOS", Eureka, voto Dr. López Mesa.

[15] Ver nuestro voto del caso "FONTENA HERMOSILLA c/ ENTRAIGAS" (CACC, Trelew, Sala A, 29/7/2016, "FONTENA HERMOSILLA, P. N. y Otra c/ ENTRAIGAS, M. C. y Otros s/ Daños y Perjuicios", que liderara un acuerdo unánime de la Sala; ver en sist. Eureka.

[16] Recuérdense además que ese comité ha sido armado según el criterio y la afinidad del Presidente y sus colaboradores, como que no fueron consultadas al efecto las Academias Nacionales, tanto de Medicina, como de Ciencias, de Derecho, etc., pese a que existe normativa que establece que ellas deben ser convocadas en este tipo de emergencias.

[17] BUSSO, Eduardo B., "Código Civil anotado", Edit. Ediar, Bs. As., 1958, T. III, pág. 277.

[18] BUSSO, op cit, T. III, pág. 277.

[19] BRUN, Philippe, "Responsabilité civile extracontractuelle", 3ª edic., Edit. Litec - Lexis Nexis, París, 2014, pág. 215, Nro. 325.

[20] CACC Trelew, Sala A, 14/10/2011, "DAVIS, A. L. c/ FIORASI HNOS.", eldial.com, voto Dr. López Mesa.

[21] CACC Trelew, Sala A, 25/9/2013, "SANCHEZ, J. M. c/ DISLAC TRELEW S.R.L. s/ Accidente de trabajo", en eldial.com, voto Dr. López Mesa.

[22] En este sentido, vid. fallo de la Corte de Apelaciones de Grenoble, del 26 de junio de 2012 y los comentarios al mismo de Adrien COIRIER y Véronique ROUIT, en "Droit de la montagne", suplemento especial de "Les Annonces De La Seine", Journale Officiel d' Annonces Légales, París, número del 31 de marzo de 2014 (Nro. 16), pág. 26.

[23] BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, Pablo, "El buen padre de familia", en "Estudios de Derecho Civil en homenaje al Prof. José Beltrán de Heredia y Castaño" Edic. Depto de Derecho Civil, Univ. de Salamanca, Salamanca, 1984, pág. 69.

[24] BUFFELAN LANORE, Yvaine - LARRIBAU TERNEYRE, Virginie, "Droit civil. Les obligations", 12ª edic., Edit. Sirey, París, 2010, pág. 648, Nro. 1873.

[25] BRUN, Philippe, "Responsabilité civile extracontractuelle", 3ª edic., Edit. Litec - Lexis Nexis, París, 2014, pág. 215/216, Nro. 325.

[26] Vid BADOSA, Fernando, "La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil", Bolonia, 1987, pág. 22 y ss. y DIEZ PICAZO, Luis, "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Civitas, Madrid, 1993, T. II, pág. 96 y ss.

[27] CNCiv., sala E, 31/5/1996, "Z., C. A. c/ P. F. y otro", LL 1996-D-705.

- [28] En igual sentido, pero invocando el artículo 902 C. Vélez, entonces vigente (vid. CACC Trelew, Sala A, 10/02/2009, "RIOS, J. O. c/ AMF s/dif. de hab. e indem de ley" (Expte. 250/2008), Eureka, voto Dr. López Mesa).
- [29] CACC 2ª La Plata, Sala 1ª, 1/9/92, "López, Cesar c/ Gorchs, Guillermo s/ Daños y perjuicios", Juba B251109; CACC Trelew, Sala A, 22/9/2008, "Padrón, L. J. c/ Villada, C. A. M. s/ Daños y Perjuicios", Eureka, voto Dr. López Mesa.
- [30] CACC Trelew, Sala A, 22/9/2008, "Padrón, L. J. c/ Villada, C. A. M.", Eureka, voto Dr. López Mesa.
- [31] CNCiv., sala A, 12/11/1997, "D. L. de E., M. L. y otro c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Roberto Quirno", LL 1998-B-876 (40.201-S).
- [32] De las Heras García, Manuel Ángel, Lex Artis Onus Probandi y responsabilidad médica, en "Revista jurídica de la Región de Murcia", ISSN 0213-4799, N°. 36, 2005, pág. 18-19.
- [33] Vid. J. Enrique VÁZQUEZ LÓPEZ, "La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico", en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1135-76062010000200009&script=sci_arttext; en similar sentido, SARRATO MARTÍNEZ, Luis, "Delimitación jurídica y contenido de la denominada "lex artis" médica", en "Actualidad Jurídica Aranzadi", Núm. 728, 2007, pág. 8-9.
- [34] Ver Giménez Candela, Teresa, Lex Artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada, en "Revista Aranzadi de derecho patrimonial", Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 67-77 y Martínez-Calcerrada y Gómez, Luis, La responsabilidad civil profesional y la lex artis ad hoc, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", Tomo 37, Madrid, 1998, pág. 65-108.
- [35] MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, "La responsabilidad civil profesional", Ed. Colex, Madrid, 1996, pág. 17.
- [36] CNCiv., Sala L, 15/12/1998, "D. A., C. M. c. Clínica Brandzen S. A.", DJ 1999-3, 131.
- [37] CACC Trelew, Sala A, 24/06/2010, "Sandoval de Pérez, I. c/ Z., N. R. s/ Daños y Perjuicios", voto Dr. López Mesa, elDial.com.
- [38] El Dr. René Favalaro y su puente aorto-coronario pueden dar fe de ello.

Luchar por el derecho a combatir la epidemia

Marcelo Urbano Salerno*

Presentación

Cuando redacto estas líneas en plena cuarentena, atravesamos una epidemia gravísima que hace peligrar la vida de miles de seres humanos. Es un fenómeno que pone a prueba el sistema argentino de salud pública, un desafío a las medidas dictadas para prevenir el mal, y al modo de enfrentar hechos inéditos en nuestra sociedad. Los resultados de la gestión emprendida están por verse y en el momento sería prematuro sentar alguna conclusión sobre el mérito de la normativa prevista en la reciente Ley N° 27.541 de solidaridad, después de haber declarado anteriormente la emergencia sanitaria y social. ¿El derecho vigente estará a la altura de los acontecimientos?[1]

Tiene prioridad examinar las normas jurídicas que, directa o indirectamente, están relacionadas con este fenómeno que afecta a toda la población del país sin distinciones. De eso trata este artículo, sin pretensiones de originalidad, para que pueda servir eventualmente de guía sobre la aplicación de las disposiciones que rigen. Quedará para otra oportunidad analizar las iniciativas públicas y privadas tendientes a perfeccionar el ordenamiento.

Concierne al Estado velar por el cumplimiento de las normas jurídicas vigentes a fin de combatir la epidemia del Coronavirus hasta su total eliminación. Son medidas y acciones de gobierno a adoptar en el plano sanitario, ante una cruel enfermedad que diezma a la población, porque las autoridades deben honrar el juramento de acatar la Constitución. En esta emergencia se encuentra en juego la vida de muchas personas de la que son responsables quienes tienen a su cargo la administración general del país, conforme las leyes que la regulan.

I. Derechos, declaraciones y garantías constitucionales

La primera referencia jurídica a hacer consiste en analizar las normas de superior jerarquía: la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

No cabe duda que el Preámbulo sirve de introducción a los textos de nuestra Carta Política, redactado en términos categóricos sobre la voluntad de los constituyentes y la finalidad perseguida por quienes dieron las bases de la organización del Estado nacional. Ese Preámbulo, redactado por José Benjamín Gorostiaga es fundamental para entender todo nuestro ordenamiento; allí se puede leer que uno de sus objetivos consiste en “promover el bienestar general”. Dicha expresión comprende lo atinente a la

salud de los habitantes de la Nación, además de las consideraciones propias de la moral, de aquellas relativas a los medios de vida idóneo para el sustento del hogar, de la crianza de los hijos, y de todo cuanto hace a la realización personal. En la antigua Roma, la palabra “bonum” no reflejaba exactamente lo bueno, tenía una acepción más amplia vinculada con la practicidad de las relaciones personales respecto a su moralidad y utilidad. Ello significa que ab initio los constituyentes estuvieron motivados en dar a la población una digna calidad de salud pública, sin entrar en un enunciado concreto sobre el particular, a fin de dejarlo librado al legislador.

Al partir de dicha premisa, la Constitución proporciona algunas declaraciones específicas en materia de sanidad. Antes de la reforma del año 1994 regía una interpretación que entendía que el tema de la salud se hallaba incluido en el artículo 33 relativo a las garantías implícitas de la forma republicana de gobierno adoptada; una mención al margen hace el artículo 18, refiriéndose a que las cárceles “serán sanas y limpias”. Del mismo modo, se interpretó que el artículo 14 contiene entre la enumeración de los derechos subjetivos que realiza el derecho a la salud con una amplitud de criterio

El nuevo texto aggiornato con la reforma de 1994 incorporó varios preceptos relacionados con esta cuestión. “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano ...”, declara el artículo 41. Así el artículo 42 garantiza el derecho de los consumidores “a la protección de su salud”. Y para reforzar esas seguridades el artículo 43 consagra los derechos de incidencia colectiva. Como ha sido reconocido oficialmente la existencia de una epidemia, puede afirmarse que es un caso de emergencia pública (la expresión se toma del artículo 76), sin perjuicio que podría llegar a provocar una conmoción interior en el sentido de los artículos 75 inc. 28, y 99 inc. 16, caso que de presentarse autorizaría a decretar el estado de sitio.

Valga esta breve descripción de las cláusulas constitucionales vigentes a fin de poder afirmar que la salud pública y el derecho a una vida sana, gozan de amparo en nuestra Carta política, como también lo tienen en los tratados internacionales de jerarquía superior que aprobó la República. En efecto; la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada el año 1948 por las Naciones Unidas, proyectada por el premio nobel Rene Cassin, expresa en su artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar”.

II. Principios y reglas del derecho privado

La segunda referencia corresponde al derecho privado y a los principios y reglas que lo rigen. Durante la última década, en la República Argentina fueron dictadas leyes y decretos que obedecieron a diferentes requerimientos inspirados en criterios empíricos para regular cuestiones puntuales, mientras tanto subsiste la declaración de emergencia en otras materias de alto voltaje. En cuanto a la legislación de fondo, recién se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación[2] con la Ley N° 26.994 sancionada el 1° de octubre de

2014, pero el Congreso todavía tiene pendiente de tratar el Código Civil y Procesal de la Nación que es su complemento indispensable. Ese “corpus” contiene una normativa de sumo interés para su aplicación a casos concretos.

Finalmente, el 1° de agosto de 2015 entró en vigor dicho Código Civil y Comercial. Asistimos a un cambio profundo en el derecho privado; no es un cambio inesperado, ni sorprendente. Tiene su origen en el pasado, pues deriva de una prolongada preparación de varias iniciativas anteriores que fueron discutidas académicamente en jornadas y congresos. En el año 1926 se inició la tarea de emprender la reforma del Código Civil mediante un decreto del Presidente Marcelo T. de Alvear, confiando a Juan Antonio Bibiloni la redacción de un Anteproyecto, labor cumplida que luego sirvió de base al Proyecto de Reformas de 1936. Transcurrieron largos años a partir de entonces hasta que se concretara esta obra, confiada por el Poder Ejecutivo a tres calificados juristas, las doctoras Elena I. Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci y el doctor Ricardo L. Lorenzetti; antes de elevar su última versión el Ejecutivo le introdujo algunas modificaciones de importancia. Valga la aclaración por el modo superficial como fue considerado en las Cámaras de Senadores y de Diputados, sin los debates de rigor, ni con estilo parlamentario. Lo cierto es que ahora culminó la serie de Proyectos elaborados por algunos catedráticos universitarios a fin de abrogar el centenario Código de Vélez[3], junto al Código de Comercio que lo había antecedido en el tiempo.

La situación actual provocada por la pandemia es inédita. Después de un lustro asumimos las transformaciones causadas por este cuerpo legal en nuestra sociedad, impactando en la vida cotidiana del siglo XXI, en las relaciones de familia, los negocios ... Sabido es que, como fueron derogados ambos Códigos antiguos, numerosos artículos han sido sustituidos por otros; las novedosas disposiciones se aplicarán poco a poco y el tiempo dirá como esta normativa actuará en las conductas humanas del futuro. Ese corpus, de la categoría que nos ocupa, es un conjunto de normas sistematizadas que tiene la característica de ser la auténtica Constitución civil del pueblo de la Nación. Debemos, pues, apreciar si en ese sentido traduce el espíritu de nuestra Constitución política, las creencias arraigadas de nuestra población, y las tradiciones del foro. Habrá que elaborar nuevas construcciones jurídicas, para ensamblar los textos e interpretarlos para fijar sus alcances. Resultará indispensable renovar la doctrina y la jurisprudencia, aunque las colecciones antiguas seguirán siendo consultadas para inspirar el pensamiento creativo.

En una primera lectura de inmediato surgen algunos temas fundamentales que son los principios rectores de este ordenamiento representativo del *ius commune*. Entramos al ámbito del derecho común, sobre el cual trae una clara referencia el artículo 15 de la Ley N° 14, sancionada en 1863, ley que proyectó el jurista cordobés Juan Del Campillo. Simultáneamente, se asimilaron las normas mercantiles que rigieron la actividad comercial en las bolsas y mercados. Esta experiencia unificadora la han tenido otros países, como Brasil, Italia, Paraguay y Suiza, entre otros. Acaso esta sea la innovación que tenga mayor impacto en la regulación de la microeconomía,

sobre la cual habrá que prestar mayor cuidado en el porvenir para el desarrollo de la producción y el intercambio de bienes.

De los principios mencionados nada tiene mayor importancia que establecer como se aplican a la persona humana; se abre así hacer una evaluación ética y filosófica, por cuanto realizarla se torna ineludible. Rescato una impactante frase de Rudolf Ihering: “El destinatario de todo derecho, es el hombre”. El título de estas líneas es una paráfrasis del que lleva uno de los célebres libros de ese romanista alemán.

Vélez pertenecía a la corriente del derecho natural individualista imperante en el siglo XIX. Escribió que las personas de existencia visible son quienes “presentaren signos característicos de humanidad” y fuesen “susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones” (artículos 30 y 51 CC)[4]. En una nota desarrolló su idea en torno a la libertad individual de esas personas y afirmó que la libertad “no debe ser restringida, sino en los casos de interés público, inmediato y evidente” (nota al artículo 54 CC). Y, en el artículo 103 CC, recordó que “la muerte civil no tendrá lugar en ningún caso”. Sostenía haber seguido el “estado actual de la ciencia” jurídica de su época, representada por la escuela exegética apegada al Código Civil francés de 1804. Cien años después las ideas filosóficas y jurídicas que predominaron en esa obra monumental, fueron renovadas a la luz de la experiencia y por el influjo de novedosos criterios; el mejor ejemplo de ello fue la sanción del Código Civil alemán (B.G.B.) del año 1900.

Las críticas dirigidas contra el pensamiento de Vélez Sársfield han sido expuestas por numerosos autores, tal como lo sintetizó Enrique Martínez Paz en una conferencia que dio en la Universidad Nacional de Córdoba en el año 1944. Menciono a dicho jurista por la autoridad de su juicio crítico, imparcial, ecuánime y moderado, quien constató en la obra del codificador la finalidad de exaltar al individuo para convertirlo “en el centro del orden social y jurídico”, mientras que respecto de la vida económica, siguió a Adam Smith, a fin de “dejar al hombre libre entregado a su propia iniciativa”. En síntesis, Martínez Paz calificó al CC de Código para la burguesía, según su modelo francés, el Código Napoleón.

El corpus redactado por Vélez se fue actualizando paulatinamente, luego de la sanción en el año 1888 de la Ley N° 2393 de matrimonio civil, y la Ley N° 11.357 de derechos civiles de la mujer del año 1926, a las cuales siguieron numerosas reformas que exceden el espacio de esta presentación. En cierta medida se receptaron ideas aplicadas en países como Alemania e Italia, este último a partir del Código Civil de 1942, también unificado. Pero la impronta francesa no careció de vigencia, destacándose la influencia de dos prestigiosos autores como León Duguit y Francois Geny.

En cuanto a la persona humana se refiere, resulta inevitable destacar que en la última mitad del siglo XX el positivismo jurídico predominó en muchas cátedras universitarias, a tal punto que la “Teoría pura del derecho” expuesta

por el jurista austríaco Hans Kelsen, gravitó con una significativa influencia. Kelsen sostenía que el concepto de persona era una imposición técnica del derecho positivo, “un centro de imputación de normas”. Este criterio siguió una escuela dirigida en nuestro país por Ambrosio Gioja, escuela contestaria de los principios del derecho natural y negadora del valor Justicia, por considerarlas cuestiones extra normativas, de índole metafísico. Mas esa influencia, que prescindió de la axiología, no fue recibida por toda la doctrina nacional. Tomo a modo de ejemplo a Alfredo Orgaz quien escribió al respecto: “Para Kelsen ... persona y personalidad son lo mismo, meras expresiones terminológicas de un lenguaje ... antropomórfico”; Orgaz reprochó a la “Teoría pura del derecho” tener un extremo logicismo formal. Mediante otro enfoque, Carlos Santiago Nino apuntó sus diferencias con el maestro vienés al sostener que “la técnica de tratar como personas a los conjuntos normativos es prescindible ...”, dado que a su entender es suficiente con referirse a la “conducta de ciertos hombres”.

Fácil es advertir el sin sentido de la definición kelseniana de la persona, la cual podría aplicarse también a los alienígenas, a los robots y hasta a los animales. Olvidar que en esencia la persona es un ser humano, un ser dotado de inteligencia y de voluntad, es negar lo más valioso de la creación. Desde otra perspectiva, elude averiguar cómo se emplea la palabra persona en el habla usual y corriente, dándole un giro opuesto a la realidad. Sostiene el escritor Enrique Anderson Imbert que ello sucede cuando no se precisan con exactitud los objetos a que se refieren las definiciones.

El nuevo Código Civil y Comercial no se adscribió a esa tendencia, pero tampoco brindó una definición de la persona humana, en sintonía con el Código Civil francés y el Código Civil italiano. En cambio, el CCCN define a la persona jurídica en términos parecidos al Proyecto del año 1998, sin incluir las funciones que ese ente ficticio cumple en la existencia real (artículo 141). López Mesa sostiene que este cuerpo legal incorpora el principio de centralidad de la persona humana, el que expresa su esencia eje básico del ordenamiento.

La más importante de su contribución del CCCN consiste en haber distinguido entre los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva (artículo 14)[5]; cabe recordar que estos últimos fueron incorporados previamente por la reforma del año 1994 a la Constitución Nacional en su artículo 43. Asimismo, del punto de vista del individuo el Capítulo 3 del Libro I lo dedica a los “derecho y actos personalísimos”, de cuyo contenido resulta indispensable ocuparse en el tema que nos convoca. De algún modo, la bioética es una disciplina auxiliar de la ciencia jurídica a la que aporta conocimientos que le sirven de fundamento.

Los derechos de incidencia colectiva tienen una relación directa con la epidemia que azota a nuestra comunidad, enmiendan la crítica formulada a la obra de Vélez, y es una puesta al día de cómo se pueden defender los intereses generales de la población en materia de salud pública. A nadie le puede escapar la trascendencia de esta reforma inspirada en el principio de la

solidaridad. Mediante esta vía abierta para las causas justas, se logrará que los Tribunales recepten las inquietudes de la ciudadanía en todo lo concerniente a la salud y al acceso a un ambiente sano. Un paso adelante hacia la realización de soluciones postergadas por la inercia de la burocracia y la negligencia de los funcionarios.

López Mesa desmenuzó el artículo 14 CCCN con un comentario agudo para lamentar la soledad de ese texto, tímidamente introducido en el artículo 1737, sin la explícita regulación que merece. Recuerda el precedente “Halabi”, que sirvió a la Corte Suprema en el año 2009 para sostener la necesidad que “exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados”. Es innegable que una epidemia autoriza al ejercicio de una acción colectiva.

Resulta oportuno a esta altura de la exposición transcribir el artículo 51 CCCN, el que expresa: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Además del artículo 17 CCCN relativo a los derechos sobre el propio cuerpo que declara indisponibles con el fundamento que se deben respetar los valores “afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social”, el artículo 56 CCCN prohíbe los actos de disposición corporal cuando ocasionen “una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres”.

El CCCN también considera la investigación médica en seres humanos en los artículos 58 y 59, normas aplicables para el supuesto del Coronavirus que nos ocupa, y que la autoridad sanitaria competente deberá obedecer, ya que se consideran de orden público. Este novísimo cuerpo legal ha incorporado varias disposiciones correspondientes al área de la salud pública, con particular preocupación por los menores de edad, introduciendo la noción del “recurso terapéutico” y del consentimiento informado. Importa destacar que esta clase de investigación médica requiere ser realizada por “personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas”. Asistimos a una renovación legislativa de suma trascendencia en materia sanitaria, pues la integró al *ius commune*, porque todo lo que es inherente a la naturaleza del ser humano pertenece al ámbito jurídico.

Como se verá a continuación se han sancionado leyes especiales para determinadas cuestiones vinculadas a la salud pública, las que deben armonizarse con la normativa del CCCN.

III. Legislación sobre la salud humana

Una variedad de leyes sobre la salud humana fue dictada a partir del retorno al ejercicio de la democracia representativa, a fin de cubrir ciertos vacíos en el sistema jurídico. Han sido leyes referidas a temas puntuales, destinadas a solucionar problemas que ofrecían complejidad y requerían una atención

específica. Ello significó que las normas contenidas en dichos estatutos sean muy difíciles de coordinar dentro del ordenamiento general, incluso porque algunas de ellas son de derecho público y otras de derecho privado.

Entre los problemas más graves que hubo que afrontar fue la propagación en la década del 80 del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirido, más conocido por la sigla VIH, también denominado SIDA. Según el profesor Enrique Díaz de Guijarro este problema tenía un doble interés legal: la protección familiar y la protección social; su mayor inquietud se dirigió a la prevención de la enfermedad que para ese entonces constituía un flagelo. A fin de regular este fenómeno, en el año 1990 el Estado declaró de nacional la lucha contra esa enfermedad dada la dimensión que había alcanzado, afectando en especial a los jóvenes. La Ley N° 23.798 reguló las actividades a emprender contra dicho virus, dictando normas de bioseguridad (artículo 12), y requirió denunciar la existencia del virus y sus anticuerpos en la sangre humana (artículo 5°).

La ablación y trasplante de órganos y materiales anatómicos fue regulada por la Ley N° 24.193 en el año 1993, la cual enunció cuatro signos que exteriorizan la muerte de un ser humano. Esa ley fue reformada en varias ocasiones, la última de ellas a fines del año 2019, mediante la Ley N° 27.447 llamada “ley Justina”. El mejor aporte en este campo ha sido abrir con amplitud de criterio la posibilidad de la “donación” o dación de órganos vitales a personas dolientes que precisan de la ayuda del trasplante para poder sobrevivir. Queda siempre pendiente de resolver el tema del “consentimiento presunto” de la persona a la que se le extraerá ese órgano, consentimiento que ha sido receptado con notorias objeciones por sectores de la doctrina. En el año 2013, la Ley N° 26.845 estableció reglas para que la población tome conciencia de esta práctica médica destinada a salvar numerosas vidas.

Los derechos de los pacientes ya tienen un estatuto específico en la Ley N° 26.529, ley que prevé la asistencia al enfermo, su trato digno y respetuoso, el respeto a su intimidad, la confidencialidad de los médicos que lo atienden, la autonomía de su voluntad, la correspondiente información sanitaria, y la facultad de realizar interconsultas. Posteriormente se introdujo una importante reforma por la Ley N° 26.742 que introdujo la idea de requerir, en caso de una enfermedad irreversible y en estado terminal, la llamada “muerte digna”. A “posteriori” la Ley N° 26.812 reguló la confección de la “ficha clínica” correspondiente a cada enfermo.

Si bien durante este período se dictó la Ley N° 26.657 sobre salud mental, su estudio exige un análisis pormenorizado que requiere un detallado análisis de su contenido, para poder evaluarlo del punto de vista jurídico y social, imposible de sintetizar en un breve párrafo.

En cambio, se merece destacar la estrategia de salud pública preventiva establecida mediante la Ley N° 27.491 sancionada el año 2018; dicha ley dispuso realizar la vigilancia epidemiológica. A partir de entonces la

vacunación es considerada un “bien social” de aplicación obligatoria que debe ser llevada a cabo en el caso de las enfermedades prevenibles.

IV. Algunas conclusiones

Después de los precedentes desarrollos es evidente que en términos generales el sistema jurídico está preparado para luchar contra el Covid 19. Sin embargo, esa batalla aún no ha sido ganada. El Estado en todos sus niveles tiene que hacer frente a una situación sumamente compleja, ya que está en un terreno científico donde los actores principales son los médicos de terapia intensiva, quienes ejercen el arte de curar, aplicando sus conocimientos y experiencia; también es el terreno de otros especialistas, como, los farmacólogos, y los infectólogos. Numerosos profesionales se suman a la tarea humanitaria, destacándose entre ellos a los bioquímicos. Es una empresa heroica y de alto riesgo personal.

Derrotar al virus maligno, ese es el objetivo. A medida que transcurren los días aún prosigue la labor, esperanzados en que habrá de terminar satisfactoriamente. La gente ahora piensa en el día que finalice la cuarentena. Es una señal auspiciosa, pero no hay que llamarse a engaño, la epidemia a veces fue breve –en 1918 la gripe duró un mes–, ahora puede llevar más tiempo.

Falta mucho que hacer sobre salud pública en Argentina. Esperemos que aclare el panorama y se disipe el escenario para encarar los trabajos pendientes. Será una toma de conciencia de la gravedad de estos problemas donde lo más importante es poder vivir sanos, el bienestar del que habla nuestro Preámbulo que no debemos olvidar de recitar.

Bibliografía

ANDERSON IMBERT Enrique, “La prosa. Modalidades y usos”, edit. Marymar, Buenos Aires, 1984.

DÍAZ DE GUIJARRO Enrique, “Impedimento matrimonial de Sida”, en “Enciclopedia de Derecho de Familia”, directores Carlos A. R. Lagomarsino y Marcelo U. Salerno, tomo II, edit. Universidad, Buenos Aires, 1992.

LÓPEZ MESA Marcelo y BARREIRA DELFINO Eduardo, “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, tomo 1, edit. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

MARTÍNEZ PAZ Enrique, “El Código Civil y el juicio de su tiempo”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, “Homenaje a

Dalmacio Vélez Sársfield”, tomo I, Córdoba, 2000.

NINO Carlos Santiago, “Introducción al análisis del derecho”, 2ª. ed., edit. Astrea, Buenos Aires, 1993.

SALERNO Marcelo Urbano, “Derecho Civil Profundizado”, edit. UMSA y Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

SIPERMAN Arnoldo, “Thering”, edit. Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.

Notas

**Profesor Emérito de la Universidad Católica Argentina. Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.*

[1] DNU 260/2020.

[2] En adelante CCCN.

[3] En adelante CC.

[4] Andrés Bello, quien era jurista y gramático, había dado la siguiente definición: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición” (Código de Chile del año 1855, artículo 55).

[5] CCCN artículo 1737 se refiere al daño ocasionado cuando se lesiona un derecho de incidencia colectiva.