

**XIX Jornadas de
Comunicaciones
Científicas de la Facultad
de Derecho y Ciencias
Sociales y Políticas**

UNNE

2023

En homenaje a la Dra. Hilda Zulema Zárate

Corrientes - Argentina

XIX Jornadas de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas: UNNE / Silvia Alegre... [et al.]; compilación de Martín Chalup; Lucía Sbardella; dirigido por Mario R. Villegas. - 1a ed. compendiada. - Corrientes:

Universidad Nacional del Nordeste. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, 2023.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-3619-94-6

1. Derecho. I. Alegre, Silvia. II. Chalup, Martín, comp. III. Sbardella, Lucía, comp. IV. Villegas, Mario R., dir.
CDD 340.072

EFECTORES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PACIENTE DERIVADOS DE LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD - ENCLAVE TRIALISTA

Silvero Fernandez, Carlos; Silvero Maria C.

estudiosilvero@yahoo.com.ar

RESUMEN

La presente investigación tiene como propósito el análisis de los efectores recurrentes que hacen disparar a la obligación de seguridad en los establecimientos médicos asistenciales privados en el concierto de los repartos de potencias e impotencias (dimensión sociológica) derivados de la complejidad del mundo jurídico, en virtud de cual todo paciente es recipiendario de derechos fundamentales (dimensión normológica) a la dignidad, la libertad y la autonomía de la persona humana, valoradas en un plexo axiológico (dimensión dikelògica) cuyo fin último es la justicia.

PALABRAS CLAVES

Salud, Deber, Seguridad.

INTRODUCCIÓN

El problema que tratamos de resolver este trabajo es reflejar los cuales son los efectores recurrentes de la obligación de seguridad de los establecimientos médicos asistenciales privados enclave trialista.

Partimos en el análisis concibiendo la preexistencia del deber de seguridad que resulta del reparto de potencias e impotencias, tanto a los pacientes como a las entidades médicas privadas, que son captados por las normas supra constitucionales consagradas en el art. 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, por los arts. 1, 2, 9, 51, 1708, 1710 y concordantes del CCCN, la LDC 24.240 y en particular de la Ley 26.529 Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud; unidos por la complementariedad dikelògica de la justicia como categoría pantónoma.

La hipótesis principal sobre la que trabajamos es si los derechos fundamentales del paciente - enclave trialista - tienen efectos recurrentes derivados del deber de seguridad.

Consideramos que el presente trabajo de investigación busca tener una doble importancia, en razón de que de la identificación de efectores o disparadores del deber de reparar los daños a los pacientes en razón de la obligación de seguridad en la prestación de los servicios médicos privados, a saber: a) docente: contribuirá en la formación de nuestros alumnos de grado, y ; b) de investigación: aspiramos a el presente obra como disparador en futuras investigaciones sobre la temáticas tales como la prevención, reparación y sanción de los daños a la salud como derecho fundamental de todo ser humano.

Los antecedentes del problema de la garantía implícita de seguridad que tuvo germe en Francia, por entonces la Corte de Casación al resolver un caso sobre transporte de personas determinó que junto a las obligaciones principales que asumen las partes, existe una obligación de conducir al pasajero sano y salvo a destino (caso "Zbidi Amida c. Compañía General Transatlántico" fechado el 21/11/1911); desde entonces dicha jurisprudencia se esparció por

las legislaciones del mundo y, en particular la Argentina recogió el instituto en regulación laboral como "deber de protección" en el art. 83 de la Ley 20.744.-

A su tiempo el Dr. Rinessi, Antonio J, puso de resalto el tópico en un trabajo doctrinario titulado: "La falta de regulación del deber de seguridad en el Código Civil y Comercial", LA LEY 10/12/2014, 1. Cita Online: AR/DOC/3936/2014.

Actualmente, si bien CCCN no alude en concreto al deber de seguridad, ni al factor de atribución, la doctrina coincide que el mismo se desprende de las reglas generales referidas a la buena fe art. 9, 10 y concordantes, lo regulado en materia de daños 1721, 1757, 1758 y conc. del CCCN.

MÉTODOS

El diseño escogido es del tipo cualitativo enfocados en la complejidad del mundo jurídico, por lo tanto tiene el propósito de comprender los fenómenos de estudio, con carácter flexible y abierto, y su organización se va ajustando al desarrollo del estudio, donde se abordará tridimensionalmente el objeto: sociedad - norma - valor.

El método aplicado es del tipo hipotético-deductivo y analógico.

Se han recolectado datos de las páginas web oficiales de los poderes judiciales provinciales, del CSJN y de la CIDH, como fuentes materiales, en tanto que las fuentes formales son La Constitución Nacional Argentina y los TIDH en que es parte, regulación comparada (Unión Europea, Mercosur, Naciones Unidas), el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, leyes relacionadas y doctrina.

RESULTADOS y DISCUSIÓN

Los resultados que pudimos verificar - desde la tópica del tridimensionalismo jurídico - en el proceso de investigación respecto de los efectores que hacen disparar el deber de seguridad son; 1) en el reparto de potencias e impotencias, es decir lo que sucede en aspecto

sociológico es un escalamiento por una lado a la especialización de los denominados bioderechos, y por otro una creciente voluntad de llevar al plano de la efectividad y no regresividad de los derechos fundamentales donde juegan papeles centrales la dignidad de la persona humana, su salud y la vida; además de corresponderse el reparto con mayores grados de vulnerabilidad o vulnerabilidad agrada o hipervulnerabilidad ; 2) a la vez, en plano normativo, podemos establecer que el actual CCCN no tiene una norma o conjunto de normas que definen el instituto del deber de seguridad, va de suyo que tampoco existe normativa que nos hable sobre su naturaleza jurídica, el carácter de la atribución de la responsabilidad, los efectos, etc., sino que la misma resulta de una interpretación integrada entre los principios jurídicos fundamentales y las reglas en materia de daños en articulación con la CN, los TIDH, las leyes especiales, y las normas soft law aplicables; 3) en plano dikelógico nos encontramos en que aún existe una distancia considerable entre la salud como valor de justicia humano y los contornos de acceso a la justicia.

Estos hallazgos, en esta etapa de la investigación, tienen la significancia respecto de que la deber de seguridad en la atención médica en instituciones privadas, refieren a un reparto de potencias e impotencias que en lo particular refieren a la protección de la personalidad y la autonomía de la persona humana, y que existen grandes tensiones en ese reparto, en razón de que la modernidad, la sociedad líquida actual, el consumismo, los vaivenes económicos horadan las bases proteccionales de dicho reparto; al mismo tiempo, observamos que aún se sigue discutiendo en plano estrictamente normativo la estructuración del deber de seguridad respecto de la atribución objetiva de responsabilidad, al respecto doctrinarios como Vázquez Ferreyra sostienen que la obligación de seguridad como verdadera

obligación jurídica nos permite diferenciarla del simple deber genérico de no dañar a otro (neminem laedere), el cual técnicamente no constituye una obligación sino simplemente un deber jurídico del cual puede nacer una obligación, y estableciendo que la naturaleza jurídica es una obligación de seguridad y no propiamente un deber porque éste es una noción más amplia, que no se refiere a las prestaciones que integran la relación jurídica obligatoria; en plano normativo hay consenso en la doctrina en el empleo del término deber de seguridad, definiéndose como aquel que refiere a los acontecimientos previsibles según el curso normal y ordinario de las cosas, y la previsibilidad exigible variará de un caso a otro (conf. el art. 1725 del CCCN), lo cual vendrá justificado por las circunstancias propias de cada situación por lo que incumbe al juez hacer las discriminaciones correspondientes para evitar fallos que resulten de formulaciones abstractas o genéricas (conf. art. 2 del CCCN); empero, lo cierto es, que nuestro actual CCCN no alude en concreto al deber de seguridad, ni al factor de atribución, sino que el mismo se desprende de las reglas generales referidas a la buena fe art. 9, 10 y concordantes, lo regulado en materia de daños 1721, 1757, 1758 y conc. del CCCN; del hallazgo la investigación resulta de utilidad carácter de autónomo del deber de seguridad está dado, en razón de que el deber de seguridad anexo a la obligación principal tiene idoneidad conceptual y funcional propia dentro del contrato, toda vez que está ligado a un interés distinto y separable de la prestación, éste deber generalmente se presenta en forma tácita y nace por aplicación del principio de la buena fe: art 9, 10, 961 y conc CCCN, al respecto señala Mosset Iturraspe que la evolución del derecho argentino y el de otros países con similar estadio de desarrollo, se orienta hacia una responsabilidad contractual objetiva, hoy

responsabilidad objetiva; en la faz dikelógica podemos obtener muestras claras del avance de los parámetros valorativos que se tuvo en cuenta en el caso ventilado ante CIDH: Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador (fondo, reparaciones y costas) donde la misma determinó la Responsabilidad Internacional de Estado en razón de que en concreto habían existido diversas falencias que demostraban que la atención brindada no había sido aceptable y de calidad, que llevaron a la muerte del paciente internado (Sentencia del 26-3-2021)

Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador - fondo, reparaciones y costas)-

Dentro de los nuevos interrogantes que nos planteamos la cuestión es cómo funcionan los efectores del deber de seguridad respecto de los sujetos hipervulnerables en el contexto de una relación de consumo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Belmartino, S.; Levin, S.; Repetto, F. (2001). Políticas sociales y derechos sociales en la Argentina: breve historia de un retroceso. En *Socialis, Reflexiones Latinoamericanas sobre Política Social*, (pp. 53 a 83). Homo Sapiens.
- Ciuro Caldani, M. A. (2005). Filosofía trialista del Derecho de la Salud. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, 28, p. 21. Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Clérigo, L. (s.f.). *La jurisprudencia de la Corte sobre medicina prepaga en el contexto de un sistema de salud con fronteras híbridas*. Lexis N° 0003/015185.
- Fidalgo, M. (2008). *Adiós al derecho a la salud. El desarrollo de la medicina prepaga*, pp. 23-46. Espacio Editorial.
- Lima Marques, C. (2005). Solidaridad en la enfermedad y en la muerte: sobre la necesidad de

- “acciones afirmativas”. En Lorenzetti, R L., *Contratos de servicios a los consumidores*, p. 245. Rubinzal-Culzoni.
- Lorenzetti, R. y Rivera, J. (2017). Responsabilidad objetiva. *Revista de Derecho de Daños*, (I - ed).
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Mosset Iturraspe J. Pidescasas. (2016). *Tratado de Responsabilidad Civil*, (T. II A, VIII, IX). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Pizarro y Vallespinos (2018). *Tratado de Responsabilidad Civil*, (T. I, II y III). Rubinzal – Culzoni Editores.
- Silvero Fernández, C. y Silvero M C. (2013). *Nuevos paradigmas jurídicos de los sufrientes mentales*. Universidad En El Medio. https://repositorio.unne.edu.ar/bitstream/handle/123456789/49398/RIUNNE_FDCSP_AR_Silvero_Fern%c3%a1ndez-Cruz_Silvero.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vidiella, G. (2000). El derecho a la salud, p. 102. Buenos Aires: Eudeba.
- Vidiella, G. (2008). La justicia en la salud. En Luna, F. y Salles, A L. F, *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*. Fondo de Cultura Económica.

EJE TEMÁTICO DE LA
COMUNICACIÓN
Aspectos de Derecho Privado

FILIACIÓN

AUTOR 1: Director/a - PEI-FD 2020/005

AUTOR 2: Docente Investigador - PEI-FD 2020/005