



## Algunos apuntes bioéticos, paliativos y legales sobre la pandemia de COVID-19

María Susana Ciruzzi (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. Una mirada distinta sobre los viejos conocidos de siempre.— III. Principios de ética pública que guían la toma de decisiones en situación de pandemia.— IV. Deber de cuidado y deber de protección.— V. Prioridades.— VI. Bioética y derechos humanos.— VII. Principios guía para la toma de decisiones.— VIII. Los cuidados paliativos en situación de pandemia.— IX. Cuidados en pediatría en el escenario del COVID-19.— X. Coda.— XI. Anexos (I a IV).

→ La alta contagiosidad y virulencia del COVID-19 plantea serios y graves desafíos para el sistema de salud (local, nacional, regional e internacional) tanto con relación a la capacidad de respuesta como al proceso de toma de decisiones clínicas, irrumpiendo en este escenario el principio de justicia distributiva, de manera disruptiva y cuestionadora, reclamando un giro copernicano en las formas y en los consensos previamente tejidos en la relación asistencial.

cuales casi 48.000 se han detectado en España (3).

La alta contagiosidad y virulencia del COVID-19 plantea serios y graves desafíos para el sistema de salud (local, nacional, regional e internacional), con relación tanto a la capacidad de respuesta como al proceso de toma de decisiones clínicas, irrumpiendo en este escenario el principio de justicia distributiva, de manera disruptiva y cuestionadora, reclamando un giro copernicano en las formas y en los consensos previamente tejidos en la relación asistencial.

### II. Una mirada distinta sobre los viejos conocidos de siempre

Las decisiones médicas se toman en tiempos “normales” y en tiempos de crisis sanitarias, políticas y humanitarias; tanto en tiempos de paz como de guerra o conflictividad interna o internacional; *at the bedside* o junto a los Comités de Ética; desde el pragmatismo o desde la deliberación; centrándose en la unidad de atención o respondiendo a la política institucional; desde la autonomía y la beneficencia o desde la política sanitaria.

La OMS define la salud pública como aquella que engloba todas las actividades relacionadas con la salud y la enfermedad; el estado sanitario y ecológico del ambiente de vida; la organización y el funcionamiento de los servicios de salud; la planificación, gestión y educación.

La salud pública es una especialidad no clínica de la medicina enfocada en la promoción, prevención e intervención de la salud desde una perspectiva multidisciplinaria y colectiva, ya sea a nivel comunitario, regional, nacional o internacional, es decir,

no centrada en el individuo, sino en el colectivo.

En este sentido, sus funciones son principalmente la gestión, la vigilancia y el mejoramiento del nivel de salud en la población, así como la prevención, el control y la erradicación de enfermedades. Además, se encarga del desarrollo de políticas públicas, garantizar el acceso y el derecho al sistema sanitario, crear programas educativos y la administración de servicios e investigación. Incluso, las tareas referentes al saneamiento ambiental, el control de la calidad de los alimentos, entre otras cosas, pueden formar parte de sus competencias.

Debido a la amplitud de sus funciones, en la salud pública confluyen múltiples disciplinas orientadas a la administración del sistema sanitario, como la medicina, la farmacia, la veterinaria, la enfermería, la biología, la pedagogía, la psicología social y conductual, el trabajo social, la sociología, la estadística, etcétera.

Las situaciones de emergencia, crisis humanitaria o pandemia plantean serios desafíos en la interacción de los deberes de los profesionales de salud, los derechos de los pacientes (considerados individualmente), el interés de la comunidad (expresado en el bien común) y la salud pública.

Un marco éticamente correcto para el cuidado de la salud durante una emergencia pública debe armonizar el deber de cuidado centrado en el paciente —el foco de la ética clínica en circunstancias “normales”— con los deberes focalizados en promover la igualdad y equidad en la distribución de los riesgos y beneficios en la sociedad —el enfoque propio de la ética de la salud pública—. Debido a que los médicos, enferme-

ros y otros profesionales de la salud están entrenados para cuidar a individuos, el giro de una práctica centrada en el paciente a una práctica centrada en consideraciones de salud pública crea una gran tensión, especialmente para aquellos médicos no acostumbrados a trabajar en situaciones de emergencia pública y escasez de recursos.

El deber de cuidado centrado en el paciente es fundacional en la práctica médica. Requiere fidelidad hacia el paciente (no abandono), el alivio del sufrimiento y el respeto por los derechos y preferencias del paciente. Por su parte, el deber de promover igualdad y equidad entre las personas (justicia en relación con la necesidad) en la asignación de riesgos y beneficios en la sociedad genera obligaciones subsidiarias de incentivar la seguridad pública, proteger la salud comunitaria y asignar de manera justa los escasos recursos sanitarios. Estas obligaciones son el abordaje principal de la ética de la salud pública.

El concepto acerca de los sistemas de *triage* tuvo su origen en las guerras napoleónicas. El Barón Dominique J. Larrey, jefe de Cirugía de la milicia francesa, concluyó que los médicos debían atender a aquellos más seriamente heridos en primer lugar, sin tomar en consideración ningún tipo de distinción o rango. Posteriormente se fueron agregando otros criterios, como cuál era la posibilidad de que el paciente pudiera sobrevivir al tratamiento o cuánto tiempo llevaría cuidarlo.

La bioética nos permite analizar y desentrañar los valores morales que inspiran la toma de decisiones clínicas, a través de un abordaje deliberativo y multi-transdisciplinario, donde se procura tejer consensos que respeten la dignidad y el mejor interés

### I. Introducción (1)

El 31/12/2019, la Comisión Municipal de Salud y Sanidad de Wuhan (provincia de Hubei, China) informó sobre un grupo de 27 casos de neumonía de etiología desconocida, con una exposición común a un mercado mayorista de mariscos, pescado y animales vivos en la ciudad de Wuhan, incluyendo siete casos graves. El inicio de los síntomas del primer caso fue el 08/12/2019. El 07/01/2020, las autoridades chinas identificaron como agente causante del brote un nuevo tipo de virus de la familia *Coronaviridae* que posteriormente ha sido denominado SARS-CoV-2, cuya secuencia genética fue compartida por las autoridades chinas el 12 de enero. El día 11 de marzo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia (2) mundial. Desde el inicio de la epidemia a la fecha de este informe se han detectado más de 375.000 casos en el mundo, más de 216.000 en Europa, de los

### DOCTRINA

Algunos apuntes bioéticos, paliativos y legales sobre la pandemia de COVID-19

María Susana Ciruzzi ..... 1

### NOTA A FALLO

Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores

Un abordaje *pro homine*

María Agustina Otaola..... 8

### JURISPRUDENCIA

PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO. Ley

aplicable. Normativa más favorable al consumidor. Ordenamiento consumeril. Leyes especiales. Protección integral del ser humano (CNCom.) ..... 7

COMPETENCIA EN MATERIA LABORAL. Habilitación de feria para percepción de fondos en una causa laboral. Emergencia sanitaria. Sentencia firme. Actividad de alzada concluida. Incompetencia. Remisión virtual de las actuaciones al juzgado de feria (CNTrab.) ..... 11

EXCARCELACIÓN EN LA PANDEMIA. Parámetros de actuación en relación con la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia COVID-19. Medidas alternativas al encierro (CFCasación Penal)..... 11



del paciente, garantizando su autonomía y la protección en situaciones de gran fragilidad, en una determinada circunstancia vital de la trayectoria de su enfermedad.

El *triage* procura, a través de criterios de selección, evitar el peor resultado, es decir, minimizar el número de muertes evitables.

Pronosticar siempre es un desafío, máximo para una ciencia que hace de la incertidumbre su “carta de presentación”. La ciencia médica trabaja con esa incertidumbre: busca aprehenderla, estudiarla y limitarla, aun a sabiendas de que las variables son múltiples e interaccionan de muy distinta manera en cada paciente en particular, aun cuando estemos hablando de la misma patología. Esa incertidumbre aumenta exponencialmente en situación de pandemia: el conocimiento del agente que tratamos de combatir varía a diario, inclusive contradiciendo aquello que creíamos cierto e indubitable. Estamos haciendo camino a ciegas, sin un tratamiento a mano, conociendo la insuficiencia de recursos (humanos, sanitarios, económicos), debiendo conciliar intereses individuales y sociales como en ninguna otra circunstancia, y todo ello bajo el ojo escrutador de la opinión pública, esa entequeia difícil de comprender y definir, pero que siempre tiene algo (crítico) para decir.

El personal de salud se siente expuesto y juzgado, extenuado y con miedo, y la comunidad parece carecer de herramientas idóneas para poder contener la situación y calmar el temor y la desesperanza.

Por mucho tiempo, hasta cada vez que surge una catástrofe natural, una crisis humanitaria, una pandemia, nos han hecho creer que los recursos son para todos y en toda circunstancia, que hablar de derecho a la salud significa un acceso ilimitado y constante a toda práctica médica. Y es el momento en que caemos en esta “pequeña” trampa: siempre se ha sostenido que la asignación de recursos sanitarios es una cuestión de macropolítica que no debemos individualizar en los pacientes. Nuestro máximo criterio de asignación es el beneficio que determinada terapéutica puede brindar al paciente en singular, con el menor costo personal posible para él. Pero en situación de pandemia la exigencia es que empleemos criterios de justicia distributiva para asignar los recursos críticos, que suelen ser los más escasos. Y esos criterios deben ser justos y equitativos, no ya desde la visión personal e intransferible del paciente, sino desde la óptica de la salud pública y el bien común de la sociedad.

Algo anda muy mal en nuestro sistema de salud cuando discutimos la necesidad de garantizar el acceso a un respirador a cada paciente y no podemos garantizar la

presencia de la familia al lado del paciente muriente.

La respuesta de salud pública a la pandemia de COVID-19 intenta más minimizar la percepción de “fracaso” del sistema de cuidado de salud que minimizar la mortalidad; mucho menos procura maximizar el bienestar. Es una mirada distorsionada de la salud pública y que requerirá de enormes esfuerzos intelectuales y políticos para lograr ser modificada.

### II.1. Aspectos legales

Existe consenso internacional en que, aun en estado de pandemia, crisis o catástrofe, el marco legal está dado por los derechos humanos, como ese conjunto de libertades, intereses y facultades que las personas compartimos en nuestra esencia. Bajo el Pacto Internacional de Derechos Políticos, Sociales y Culturales, se garantiza el derecho de todas las personas a obtener “el más alto estándar posible para la salud física y mental”, por lo que los Estados están obligados a tomar medidas efectivas para la prevención, tratamiento y control de enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales, entre otras. Los Principios de Siracusa adoptados en 1984 por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas establecen que el estado de emergencia y la libertad de circulación otorgan autoridad a los Estados para limitar ciertos derechos humanos en la medida de la necesidad de la emergencia, por un tiempo limitado y sin que ello sea excusa para desconocer los derechos inalienables de la población.

La salud es, además, un derecho individual y social, y una política pública. Tanto la Constitución Nacional (art. 42) como la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 20) protegen este derecho y se comprometen a arbitrar las medidas indispensables de protección y plena vigencia.

Por su parte, los cuidados paliativos han recibido reconocimiento legal a través de normativas de diferente rango. Tanto la res. 643/2000 del Ministerio de Salud de la Nación como la res. 201/2002, que establece el Plan Médico Obligatorio, y las res. 587/2010 y 1253-E/2016, que crean el Programa Nacional de Cuidados Paliativos para Pacientes Oncológicos, ambas también del Ministerio de Salud de la Nación, se ocupan expresamente de los cuidados paliativos como un tratamiento médico reconocido y aceptado; asimismo, la modificación a la Ley de Derechos de los Pacientes, a través de la ley 26.742 (conocida popularmente como de “Muerte Digna”), que en sus arts. 2º y 5º expresamente contempla como un tratamiento de rigor a los cuidados paliativos; y la incorporación de esta misma previsión en el art. 59 del Cód.

Civ. y Com. A ello debe sumarse que los cuidados paliativos son considerados derechos humanos *per se*. El criterio que se propone ha sido aceptado y abrazado por la reciente *Declaration and Statement of Commitment on Palliative Care and Pain Treatment as Human Rights*, promovida por la *World Hospice and Palliative Care*, como así también por la Carta de Praga, documento elaborado por la Asociación Europea de Cuidados Paliativos (EAPC), la Asociación Internacional de Cuidados Paliativos (IAHPC), la Alianza Mundial de Cuidados Paliativos (WPCA) y el Observatorio de Derechos Humanos (ODH), que urge a los gobiernos a aliviar el sufrimiento y a reconocer los cuidados paliativos como un derecho humano. Es así que en la mencionada Carta de Praga se define a la “salud” como aquella que abarca la salud de las personas que sufren enfermedades limitantes de la vida. En esta misma dirección se orienta la Recomendación 1418 (1999) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa acerca de la “Protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas terminalmente enfermas y murientes”, adoptada en marzo de 2002; la Recomendación 1796 (2007) de la Asamblea Parlamentaria, acerca de la situación de las personas ancianas en Europa, adoptada en mayo de 2007; y, más recientemente, la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos de las Personas Ancianas (ICROP, por sus siglas en inglés), el primer instrumento internacional vinculante que expresamente considera a los cuidados paliativos como un derecho humano, en referencia explícita al *WHO National Cancer Control Programmes*. Este instrumento define, en su Preámbulo, los cuidados paliativos como “el tratamiento activo, comprensivo e interdisciplinario de los pacientes cuya enfermedad no responde a los tratamientos curativos o que sufren de dolor evitable, de manera de mejorar su calidad de vida hasta los últimos días de sus vidas”.

En situaciones de crisis como la actual, los sistemas de *triage* implican que la asignación de recursos intensivos será destinada a aquellos que presentan mejores chances de recuperación, por lo que se necesita imperiosamente contar con un plan de acompañamiento y contención para aquellos pacientes que queden fuera de esta cohorte, así como asegurar que se puedan satisfacer las necesidades asistenciales de aquellos que queden fuera del sistema hospitalario. Los especialistas en cuidados paliativos son expertos en pregonar y ponderar las consideraciones éticas, tienen amplia experiencia en el proceso de toma de decisiones, un manejo impecable del control de síntomas y amplia formación en el cuidado del paciente muriente y de sus afectos.

En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, junto con su Relatoría Especial sobre Derechos Econó-

micos, Sociales y Culturales, instó a los Estados a garantizar a todas las personas dentro de su jurisdicción, sin discriminación de ninguna índole y conforme a los estándares de derechos humanos aplicables, el ejercicio efectivo del derecho a la salud bajo las condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, brindando tratamiento oportuno y apropiado. Con especial énfasis en el deber de protección diferenciada a grupos vulnerables, insistió en el cumplimiento de medidas de acción excepcionales y urgentes dirigidas a reducir los factores de contagio en el marco del respeto irrestricto a las garantías del Estado de derecho, cumpliendo con la obligación de cooperación internacional, particularmente en el actual contexto transnacional de alto riesgo para la salud pública y la vida de las personas (4).

### II.2. Aspectos éticos

Los Estados y proveedores de salud tienen el deber ético de dar la mejor atención posible y de hacerlo de una forma equitativa. La situación de pandemia crea un amplio espectro de necesidades de atención de salud y el desafío de priorizar de manera ética entre necesidades que compiten entre sí. La pandemia pone a prueba la capacidad de satisfacer las necesidades en salud, tanto las generadas por el COVID-19 como las provenientes del resto de las enfermedades. Esto quiere decir que, más allá del COVID-19, la gente se sigue enfermando por otras patologías o presenta patologías previas a las cuales se les puede adicionar o no el COVID-19. La respuesta a la pandemia por COVID-19 no debería entorpecer la asignación de recursos para la atención de otras enfermedades de gravedad. La salud de los enfermos que padecen coronavirus es una prioridad, pero igualmente debe serlo la de otros enfermos con diferentes patologías a los que el sistema de salud tiene el mismo deber ético y legal de atender. La necesidad de racionalización, asignación y priorización de los recursos debe ser horizontal, incluyendo a todos los pacientes, padezcan o no COVID-19 o con otra enfermedad. Establecer parámetros justos y equitativos para la asignación de los recursos sanitarios a toda la población con necesidades de atención en salud es uno de los desafíos más urgentes para el sistema sanitario.

La situación de crisis y la pandemia necesitan más salvaguardas éticas, no menos.

Generalmente, los principios que nos ayudarán a decidir de la mejor forma serán la necesidad médica (basada en evidencia científica), el beneficio para el paciente y la conservación de los recursos sanitarios. La situación de emergencia o pandemia desafía al equipo de salud al correr el enfoque del cuidado centrado en el paciente al cuidado centrado en la salud pública. Nuestra

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA). Especialista en Bioética (FLACSO). Magíster en Bioética (FLACSO). Doctora de la Universidad de Buenos Aires, área Derecho Penal. Posdoctora de la Universidad de Buenos Aires. Jefe del Departamento Sumarios, Dirección Asociada de Asuntos Jurídicos, Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética, Hospital de Pediatría SAMIC Prof. Dr. Juan P. Garrahan. Miembro del Comité de Ética, Instituto de Investigaciones Médicas Dr. Alfredo Lanari, Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité de Ética, Sociedad Argentina de Investigación Clínica. Secretaria de la Subcomisión de Derechos del Niño, Sociedad Argentina de Pediatría. Miembro, vocal suplente, del Comité Nacional de Cuidados Paliativos, Sociedad Argentina de Pediatría. Profesora de posgrado y doctorado, Facultad de Derecho y Facultad de Medicina, UBA.

(1) “After COVID-19, bioethics will pay much more attention to issues related to justice, such as resource allocation in healthcare and priorities in biomedical research. Bioethics, since its inception, focused on patient autonomy, on our rights to decide how we want to be treated. This reinforced a collective illusion that in the domain of healthcare we can have it all. COVID-19 painfully burst our bubble by emphasizing the fact that our resources are limited, that difficult choices are necessary. But even without pandemic, we cannot meet the health demands of all. Post-COVID bioethics will put in the forefront of its discussions values such as fairness, solidarity and compassion. This will be the positive legacy of these difficult times we are currently living”.

“Después del COVID-19, la bioética prestará más atención a temas relativos a la justicia, como la asignación de recursos en el sistema de salud y las prioridades en la investigación biomédica. Desde sus inicios, la bioética se enfocó sobre la autonomía del paciente, sobre nuestros dere-

chos acerca de cómo queremos ser tratados. Esto reforzó una ilusión colectiva de que en el dominio del derecho a la salud lo podíamos tener todo. COVID-19 dolorosamente pinchó la burbuja enfatizando el hecho de que nuestros recursos son limitados, que las decisiones difíciles son necesarias. Pero inclusive sin la pandemia, no podemos satisfacer las demandas en salud de todos. La bioética post COVID-19 colocará a la palestra de sus discusiones valores tales como equidad, solidaridad y compasión. Éste será el legado positivo de estos difíciles momentos que estamos viviendo”. En “Penser le Québec d’après COVID-19”, *La Presse*, abril/2020.

(2) Una epidemia se produce cuando una enfermedad contagiosa se propaga rápidamente en una población determinada, afectando simultáneamente a un gran número de personas durante un período de tiempo concreto. En caso de propagación descontrolada, una epidemia puede colapsar un sistema de salud, como ocurrió en 2014 con el brote de Ébola en

África occidental. Las enfermedades endémicas son aquellas que persisten de una forma continuada o episódica en una zona determinada. La malaria, el Chagas o el dengue son ejemplos de endemias en zonas muy específicas del planeta. Si un brote epidémico afecta a regiones geográficas extensas (p. ej., varios continentes) se cataloga como pandemia, como el VIH o el COVID-19. En <https://www.msf.org.ar/actualidad/que-una-pandemiacual-la-diferencia-pandemia-y-epidemia>.

(3) MINISTERIO DE SANIDAD DE ESPAÑA - CENTRO DE COORDINACIÓN DE ALERTAS Y EMERGENCIAS SANITARIAS, “Enfermedad por coronavirus, COVID-19”, actualización: 26/03/2020 (versión 2).

(4) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “Derecho a la salud como derecho humano fundamental y obligaciones estatales ante el COVID-19”, 20/03/2020, SAJ NV23156.

obligación, desde la ética del cuidado, es procurar hallar principios o parámetros que nos permitan armonizar derechos y dar respuestas adecuadas a cada una de las necesidades en salud.

Debemos tener en cuenta que el imperativo kantiano, que ha conformado el concepto universal y secular de dignidad humana, prohíbe utilizar a las personas como meros medios para la satisfacción de las necesidades de otros. La compensación interpersonal de las vidas humanas entre sí con el fin de maximizar unos presuntos beneficios colectivos es incompatible con la primacía de la dignidad humana. Por ello, en una comunidad como la nuestra, basada en el imperio de la ley, los derechos individuales no pueden quedar subordinados al objetivo de una asignación orientada hacia la maximización de los beneficios colectivos, anulando los derechos individuales. En este sentido, resultaría radicalmente injusto que las personas cuya salud está más amenazada, sea por la patología de base o por la exposición al COVID-19, fueran a su vez las más perjudicadas por esta crisis. Toda persona, independientemente de su edad y de la enfermedad que padezca, tiene derecho a recibir asistencia de calidad y adecuada conforme a criterios científicos objetivos: gravedad, pronóstico y calidad de vida.

La armonización necesaria entre el interés público en la protección del mayor número de vidas con el menor costo posible y el derecho personalísimo a la salud, con base en la decisión autónoma del paciente, puede lograrse a través de la intervención de los profesionales paliativistas que puedan promover una conversación sincera con los pacientes de COVID-19 y aquellos con otras patologías de base, amenazantes o limitantes de la vida, que puedan expresar sus preferencias de manera de garantizar el uso de los recursos intensivos para aquellos que verdaderamente puedan beneficiarse de ellos y que además así lo deseen. Entiendo que una forma de garantizar el interés general en la adecuada distribución y uso de los recursos sanitarios en situación de pandemia y al mismo tiempo continuar con un abordaje holístico centrado en la unidad de tratamiento (paciente y familia) es la elaboración, en pediatría, de un plan personalizado de atención al final de la vida, y en pacientes adultos, de directivas médicas anticipadas. De esta forma se podrán prever los posibles cursos de acción médica y respetar la autonomía del paciente, realizando decisiones informadas, permitiendo una razonable y equitativa asignación de recursos en un contexto de emergencia sanitaria.

### II.3. La consulta ética

Los equipos consultores de ética clínica y los Comités de Ética tienen como objetivo ayudar a los profesionales de la salud, a los pacientes (siempre que sea posible) y a sus familias a reflexionar sobre la toma de decisiones de manera informada, defender derechos y preferencias de los pacientes y significar los deberes de los profesionales, evitar daños, beneficiar y actuar de manera justa.

La emergencia sanitaria tergestiva este proceso reflexivo, haciendo cambiar el eje de atención centrada en el paciente al de atención centrada en la población. La salud

pública promueve el bienestar de la población intentando disminuir la morbi-mortalidad a través del uso racional y estratégico de los recursos. Esto puede tener un impacto directo en los derechos y preferencias de los individuos. Las decisiones éticas en este contexto deberán equilibrarse entre las necesidades individuales y las de la población.

De tal modo, el hábito clínico también deberá ampliarse del cuidado del paciente al de salvaguarda de la población. Este cambio puede generar conflictos difíciles en los proveedores de cuidado, que necesitarán tanto del apoyo individual en la toma de decisiones como de una reflexión evolutiva.

En la emergencia sanitaria, los primeros respondedores necesitarán reglas claras para ejecutar los protocolos de *triage*. Si estas reglas resultan muy injustas o causan sufrimiento, la sobrecarga del equipo de salud será severa, pudiendo llevar a sus miembros al *burnout*. Es importante incluir al equipo de salud en la confección de estos protocolos de *triage*, de mantenimiento, interrupción o abstención de soporte vital (5) para que puedan usarlos entendiendo que es la mejor respuesta posible en este contexto. Su revisión periódica es también necesaria para ajustarlos a la realidad cotidiana de esta crisis, en particular dentro de la institución.

Se definen tres funciones principales en esta emergencia sanitaria: planificar, salvaguardar y guiar.

a) *Planificar* la gestión de los desafíos éticos previsible: éstos surgen cuando existe incertidumbre acerca de cómo “hacer lo correcto” en la práctica clínica cuando los deberes o valores entran en conflicto. Ello implica decisiones de *triage*; entrada, permanencia y salida de la UCI; inicio, mantenimiento, interrupción o abstención de soporte vital; cuidados de fin de vida; sedación paliativa.

Incluye la gestión y asignación de recurso humano, espacios e insumos frente a su escasez.

b) *Salvaguardar* la fuerza laboral: durante una oleada de enfermedades infecciosas en medio del deterioro de las condiciones ambientales, el personal de salud y de mantenimiento puede estar en mayor riesgo de daño laboral. Las poblaciones vulnerables incluyen aquellas en mayor riesgo de COVID-19 debido a factores como la edad o las condiciones de salud subyacentes. Las instituciones deben reconocer a estos empleados como población vulnerable.

c) *Guiar*: los niveles de atención en condiciones de emergencia reducen inevitable y gradualmente la calidad de la atención debido a los límites de personal, espacio y suministros. La incertidumbre y la angustia previsible que enfrentarán los médicos y los equipos bajo condiciones de crisis requieren una preparación focalizada por parte de los servicios de ética institucional, proporcionando apoyo, orientación y reflexión.

Desde el punto de vista ético, el criterio de racionalización de los recursos resulta justificable solamente luego de que todos los actores involucrados (en particular las instituciones hospitalarias y los gobiernos

respectivos de cada Estado) hayan realizado todos los esfuerzos posibles para aumentar la disponibilidad de los recursos existentes y luego de haber agotado las posibilidades de transferencia de pacientes a otros centros con mayores recursos.

La pandemia pone a prueba la capacidad de satisfacer las necesidades de salud generadas por COVID-19 además de las necesidades de salud corrientes. La respuesta a la pandemia no debe quitar los recursos de necesidad urgente asignados a otras enfermedades graves. Ante una situación compleja respecto de la determinación de prioridades en materia de atención en salud, se deben comunicar al público los criterios y las justificaciones utilizadas de una manera transparente y amplia. Durante el brote, la atención en salud también puede comprender la prestación de la atención necesaria a los extranjeros y aquellos que no tuvieran los medios para pagar por su atención. Como emergencia de salud pública de importancia internacional, la pandemia constituye un problema de salud internacional que requiere la cooperación y respuesta de todo el mundo. La colaboración y la solidaridad entre los países es crucial para cumplir con las necesidades de atención relacionadas al virus, controlar la pandemia y reducir los daños asociados (6).

### III. Principios de ética pública que guían la toma de decisiones en situación de pandemia

He destacado que las decisiones se toman en distintos niveles y, por ello mismo, están gobernadas por distintos y complementarios principios. Cuando nos posicionamos desde la salud pública, debemos considerar que nuestras decisiones deben responder a los siguientes valores:

a) *Equidad*: parámetros que toda la comunidad pueda percibir como justos y equitativos, en cuanto cualidad de dar a cada uno lo que corresponde conforme a sus condiciones y necesidades.

b) *Deber de cuidado*: es el rol del personal de salud en la atención de los pacientes, no sólo de aquellos afectados directamente por la pandemia, sino de todos los enfermos, independientemente de su patología.

c) *Deber de administrar los recursos sanitarios*: las instituciones políticas y sanitarias tienen el deber de prevenir y ejecutar planes de contingencia para hacer frente a situaciones excepcionales.

d) *Transparencia*: en la toma de decisiones y en la información que se brinda.

e) *Consistencia*: en la ejecución de las decisiones de modo de evitar todo tinte discriminatorio y garantizando el respeto a la dignidad humana.

f) *Proporcionalidad*: las necesidades generales e individuales deben ser conmensuradas con relación a la gravedad de la emergencia y al nivel de escasez de los recursos sanitarios.

g) *Responsabilidad*: en las decisiones individuales y en la implementación de estándares, así como de los gobiernos con relación a brindar las protecciones adecuadas y el acceso equitativo a los recursos sanitarios.

### IV. Deber de cuidado y deber de protección

El dato de la realidad muestra que los profesionales de la salud no sólo se preocupan por sus pacientes, sino que también sienten miedo y ansiedad por su propia seguridad y la de sus seres queridos, muy especialmente cuando por su trabajo se encuentran expuestos a agentes infecciosos. A pesar de ello, existen varias razones que dan sustento a la razón de por qué esperamos que el personal de salud arriesgue su vida y su seguridad para cuidarnos. Y ello es así por cuatro principales razones:

a) Porque han asumido el compromiso de proveer cuidado médico a aquel que lo necesite.

b) Porque sus habilidades no son transferibles.

c) Porque voluntariamente asumieron el riesgo, sabiendo que en algunas circunstancias deberán brindar cuidado en situaciones de emergencia, pandemia o catástrofe humanitaria (concepto de servidores públicos: los profesionales de la salud prestan un servicio a la comunidad).

d) Porque se encuentren en una posición de garante: su experticia y formación los coloca en la situación de garantizar la salud y vida de los pacientes dentro del riesgo permitido por la práctica médica.

Pero ello no quiere decir que estamos reclamando actos heroicos, mucho menos mártires. La otra cara de la moneda es el deber que tienen el Estado y las instituciones de salud de proveer todos los insumos, los recursos disponibles y la protección necesaria al personal de salud, de manera de minimizar la posibilidad de consecuencias disvaliosas originadas en la prestación de su servicio. Si estos recursos faltan o fallan, si el profesional de la salud no puede prestar adecuadamente su servicio por carencia de insumos o recursos, cede su deber de garante, y ello le permite válidamente negar la atención, cuya responsabilidad será de la institución o, en última instancia, del propio Estado.

### V. Prioridades

“Choosing between patients goes against the way we used to think about our profession, against the way we think about our behavior with patients” (Dr. Marco Metra) (7).

Al tratar sobre las prioridades en atención de salud en situación de pandemia o crisis humanitaria, resulta idóneo acudir a los conceptos de capacidad convencional, contingente y de crisis.

Por *capacidad convencional* se entiende el uso normal y cotidiano de los recursos y del estándar de cuidado; mientras la *capacidad contingente* alude a una disrupción del uso normal de los recursos y prácticas, pero manteniendo el estándar de cuidado funcionalmente equivalente a la situación convencional. Finalmente, en la *capacidad de crisis* se produce un quiebre del estándar apropiado de cuidado debido a la falta de recursos y cuyo objetivo fundamental es proveer el mejor cuidado posible que las circunstancias excepcionales permitan.

La capacidad de contingencia supone tener en cuenta los siguientes parámetros:

### { NOTAS }

(5) El soporte vital es todo procedimiento, tratamiento o medicación destinado a postergar el momento de la muerte, esté o no destinado a tratar la enfermedad de base. Por su parte, la adecuación del esfuerzo terapéutico (AET) puede definirse como el ajuste de los tratamientos a la situación clínica del paciente. La AET ha de considerarse en casos en los

que hay una escasa posibilidad de respuesta a los tratamientos e implica la valoración de un cambio en la estrategia terapéutica que supone la interrupción o no instauración de algún tratamiento. Es una indicación médica que se presenta al paciente y/o a su familia para merituar la proporcionalidad de los tratamientos médicos en función del objetivo tera-

péutico perseguido (curar, paliar, acompañar).

(6) ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), “Orientación ética sobre cuestiones planteadas por la pandemia del nuevo coronavirus (COVID-19)”, Washington, 16/03/2020.

(7) SHERI, Fink, “The hardest questions doctors may face: who will be saved? Who won’t?”, *The New*

*York Times*, *www.nytimes.com*, 21/03/2020. “Elegir entre pacientes está en contra de la manera en que solíamos pensar nuestra profesión, en contra de la forma en que pensamos que debemos actuar para nuestros pacientes”.

a) En el pico de demanda asistencial, el objetivo primario es evitar o limitar la cantidad de tiempo en un estado de crisis del sistema.

b) Para evitar alcanzar el estado de crisis, se trata de prolongar el tiempo en contingencia:

— *Conservando recursos*: se cancelan procedimientos electivos.

— *Reemplazando recursos*: citas médicas vía telemedicina en vez de turnos presenciales.

— *Adaptando recursos*: limpiando y reesterilizando el equipo de protección personal (EPP) para ser usado nuevamente, en vez de desecharlo.

Durante la práctica clínica diaria, los pacientes que requieren tratamientos intensivos y de sostén vital los reciben, a menos que ellos los hayan expresamente rechazado o resulte un tratamiento fútil conforme a la experticia clínica. Cuando hablamos de la ética en la salud pública, ésta difiere de la ética clínica, en el sentido de que da prioridad a la promoción del bien común por sobre la autonomía individual del paciente, mientras que el primer deber médico en la ética clínica es promover el bienestar de cada paciente individualmente (8).

Todas las admisiones a una terapia intensiva deben ser comunicadas como *ICU trial* o *time trial*. La proporcionalidad de los tratamientos de sostén vital debe ser evaluada diariamente, tomando en consideración la historia vital y la trayectoria de la enfermedad del paciente, su estado y evolución clínica, sus deseos, los objetivos terapéuticos trazados y la proporcionalidad del cuidado intensivo. Cuando el paciente no responde al tratamiento intensivo o surgen graves complicaciones clínicas, no debe posponerse la decisión de adecuación del esfuerzo terapéutico en un escenario de recursos limitados en situación de crisis.

Los sistemas de *triage* se asientan en el concepto de que sólo aquellos con las mejores chances de recuperación son elegibles para los tratamientos intensivos, por lo que resulta imprescindible contar con un plan de cuidado integral para aquellos pacientes que no tengan indicación de tratamiento intensivo.

El estándar de cuidado sufre una modificación en el abordaje de la situación del paciente durante una pandemia o crisis humanitaria. Así, podemos observar que en el *estándar de cuidado* se pone el acento en: a) respeto por la autonomía del paciente, b) maximización del beneficio para cada paciente, y c) alianza terapéutica; mientras que en el *estándar de cuidado en crisis* se tiende a decantarse por: a) la prioridad del bien común por sobre la autonomía del paciente, b) una menor discrecionalidad de los profesionales a la hora de las decisiones, c) la maximización del beneficio para el mayor número de personas, y d) la responsabilidad en la asignación de recursos escasos.

En ambos estándares, la accesibilidad al sistema de salud y a las prestaciones correspondientes es una de las cuestiones más difíciles de resolver y que crea los mayores cuestionamientos en el personal de salud.

#### V.1. Cómo cambiar el chip

*“As a critical care doctor, I am comfortable with end-of-life conversations and I am familiar with death. But I have learned to initiate these conversations based on a patient’s goals and medical realities —not because of a shortage of machines that can be manufactured in a warehouse. Recently, a colleague told me about a patient who said he was willing to give up his ventilator to someone younger and healthier, who might benefit more. This is the world we live in now. The story gutted me”* (Dra. Daniela J. Lamas) (9).

Una vez declarada la situación de pandemia o crisis, todas las instituciones de salud, así como las distintas áreas del gobierno, deben trabajar de manera conjunta para:

- Implementar un plan de trabajo.
- Garantizar una correcta y equitativa asignación de recursos.
- Minimizar el impacto en el sistema de salud.
- Minimizar el impacto en la salud individual.
- Garantizar el acceso a la asistencia de aquellos pacientes no afectados directamente por la epidemia o pandemia.
- El equipo de salud debe agregar a su enfoque del cuidado centrado en el paciente el cuidado centrado en la salud pública y en el bienestar general.
- Un enfoque netamente individualista del derecho a la salud y la ausencia de situaciones de crisis pandémicas nos han hecho creer que existen recursos ilimitados para todos y que todos tenemos derecho a acceder a todos los tratamientos médicos existentes, sin condición alguna.
- La justicia distributiva, en situaciones tanto de normalidad como de excepción, está regida por el principio de la “manta corta”: no existen recursos para todos y en toda situación.
- Nuestra obligación ética y legal es armonizar los intereses en juego, abordar los conflictos y consensuar las respuestas a los dilemas, en el análisis de cada caso individual.
- Los gobiernos y los proveedores de salud tienen el deber ético de dar la mejor atención posible y de hacerlo de una forma equitativa. La pandemia crea un espectro amplio de necesidades de atención en salud y el desafío de priorizar de manera ética entre las necesidades de salud que compiten entre sí.
- Recordar que, en las situaciones de crisis, el cuidado de la salud de la población continúa, por lo que:

(i) Cada paciente que puede beneficiarse del uso de un recurso escaso *merece* acceder a ese recurso.

(ii) Debido a la escasez de recursos, tal vez no todos puedan acceder a todos los tratamientos médicos, pero eso no quiere decir que exista una escala de mérito o privilegio en detrimento de algunos pacientes.

(iii) Debemos continuar cuidando a todos y cada uno de nuestros pacientes, accedan o no a los recursos intensivos, tengan o no COVID-19, o sufran de otras enfermedades.

#### V.2. Angustia en transición

Modificar la mirada asistencial en situación de pandemia, de modo de integrar a la visión de la atención centrada en el paciente la visión de salud pública —que requiere una ponderación en la asignación de los escasos recursos sanitarios—, será ciertamente muy difícil para nuestros profesionales. Cambiar el enfoque de suministrar todos y cada uno de los tratamientos que nuestro paciente necesita a asignar recursos a un paciente que jamás habían conocido antes y con el cual no han podido tejer ninguna relación de confianza y fidelidad requiere de cierta plasticidad y un compromiso aún mayor que el requerido por la práctica clínica de rutina.

Deberá tenerse presente que tal vez habrá menos opciones para los propios pacientes debido a la escasez de recursos, o que tal vez deban decir que “no” cuando quieren decir que “sí”.

Esto, sin dudas, los hará sentir probablemente mal (*distress* moral), pero éticamente será lo correcto, porque la escasez de recursos críticos modifica la forma en que se deben abordar algunas situaciones en salud.

De allí resulta la importancia de la toma de decisiones compartida y la presencia del Comité de Ética acompañando al equipo de salud.

El peso de la toma de decisiones en situación de pandemia nunca debe caer sobre el profesional asistente directo. Es el Comité de Ética o, en su caso, el Comité de *Triage*, constituido por profesionales distintos a aquellos que se encuentran “en la trincheira”, quienes deliberarán y decidirán la asignación de los recursos sanitarios en base al estado clínico del paciente y el pronóstico evolutivo.

#### VI. Bioética y derechos humanos

Reitero lo ya afirmado: el enfoque que se debe dar a una situación de pandemia o de crisis humanitaria y a los consiguientes dilemas que ella plantea está enmarcado por la plena vigencia de los derechos humanos. El sistema nacional e internacional de protección de estos derechos es la guía fundamental que no puede ni ignorarse ni dejarse de lado. Para ello es necesario destacar:

a) La existencia de una situación de pandemia requiere la presencia de mayores salvaguardas éticas, no menos.

b) El marco de referencia son los derechos humanos: entre ellos, el derecho a la salud y a una vida libre de sufrimiento.

c) *El más alto estándar posible para la salud física y mental* es un deber en cabeza de cada Estado.

d) La ética del cuidado como abordaje complementario, en tanto centrado en las relaciones interpersonales de cuidado y protección con base en las necesidades más humanas y primordiales de cada persona.

e) En un Estado donde impera la ley no puede instrumentalizarse al individuo en pos del bien de la mayoría; eso sería violar la máxima kantiana.

f) La dignidad es un derecho, un principio y una regla de interpretación. Ninguna conducta médica, aun en situación de crisis, puede conculcar el respeto a la persona.

En la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos se afirma “el respeto por la dignidad humana y la protección de los derechos humanos, asegurando el respeto por la vida de todos los seres humanos y las libertades fundamentales, basado en la legislación internacional sobre derechos humanos”.

Precisamente, en las situaciones de riesgo o de emergencia humanitaria, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Naciones Unidas, 2008) obliga a los Estados parte a adoptar “de acuerdo con las obligaciones derivadas del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional humanitario y los estándares de derecho internacional, todas las medidas necesarias para garantizar la protección y seguridad de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluyendo situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales”, requiriendo que “los especialistas en salud provean el cuidado de la misma calidad a las personas con discapacidad” (art. 11).

En consecuencia, el único parámetro de selección es la correcta aplicación del sistema de *triage* respetando cada vida humana, basándose en el criterio de adecuación clínica y proporcionalidad de los tratamientos (10).

#### VII. Principios guía para la toma de decisiones

*“Man, lacking the instinctual equipment of the animal, is not as well equipped for flight or for attack as animals are. He does not ‘know’ infallibly, as the salmon knows where to return to the river in order to spawn its young and as many birds know where to go south in the winter and where to return in the summer. His decisions are not made for him by instinct. He has to make them. He is faced with alternatives and there is a risk of failure in every decision he makes. The price that man pays for consciousness is insecurity. He can stand his insecurity by being aware and accepting the human condition, and by the hope that he will not fail even though he has no guarantee for success. He has no certainty; the only certain prediction he can make is: ‘I shall die’”* (Erich Fromm) (11).

#### { NOTAS }

(8) BEAUCHAMP, T. L. - CHILDRESS, J. F., “Principles of biomedical ethics”, Oxford University Press, New York, 2001, 5ª ed.

(9) Dra. LAMAS, Daniela J. (Brigham and Women’s Hospital), “How will I decide which coronavirus patient gets a ventilator”, *New York Times*, 02/04/2020. “Como profesional intensivista me siento cómodo con las conversaciones de fin de vida y estoy acostumbrado a la muerte. Pero he aprendido a iniciar estas conversaciones en base a los objetivos del paciente y la

realidad clínica —no por escasez de aparatos que pueden ser fabricados en un almacén—. Recientemente, un colega me contó acerca de un paciente que estaba dispuesto a rechazar el respirador para dárselo a alguien más joven y saludable, que podía beneficiarse más. Éste es el mundo en el que vivimos ahora. La historia me destruyó totalmente”.

(10) NATIONAL BIOETHICS COMMITTEE - REPUBLIC OF SAN MARINO, “Answer to the requested urgent opinion on ethical issues regarding the use

of invasive assisted ventilation in patients all age with serious disabilities in relation to COVID-19 pandemic”, 16/03/2020.

(11) “El hombre, careciendo del bagaje instintivo del animal, no está bien equipado para volar o atacar como el resto de los animales. No conoce sobre la infalibilidad, como el salmón que sabe a dónde volver en el río para desovar así como muchos pájaros saben cómo dirigirse al sur en el invierno y regresar en verano. Sus decisiones no son realizadas por él instintivamente.

Debe hacerlas. Debe enfrentar alternativas y existe un riesgo de fracaso en cada decisión que toma. El precio que el hombre paga por ser un ser consciente es la inseguridad. Puede enfrentar su inseguridad sabiendo y reconociendo la condición humana, y por la esperanza de no fallar aun cuando no tiene garantía de éxito. No tiene certeza, la única predicción cierta que puede hacer es: ‘habré de morir’”.

Durante una situación de emergencia en salud pública entendemos necesario desarrollar una estrategia multiprincipios para lograr una equitativa asignación de los escasos recursos intensivos.

Es cierto que los datos recolectados hasta el momento (si bien en cohortes pequeñas) indican que la edad es un predictor de mala evolución, en particular a partir de los 65 años. Según la serie publicada por el CDC Chino, con un total de 1023 muertes entre los casos confirmados (44.672), la letalidad bruta fue del 2,3%. El grupo de edad = 80 años tuvo la letalidad más alta de todos los 16 grupos de edad, con 14,8%. Pero también es cierto que los pacientes que no presentaban comorbilidades tuvieron una tasa de letalidad de 0,9% frente a los pacientes con comorbilidades, que tuvieron tasas mucho más altas: 10,5% para aquellos con enfermedad cardiovascular, 7,3% para diabetes, 6,3% para enfermedad respiratoria crónica, 6,0% para hipertensión y 5,6% para el cáncer (12).

Bajo circunstancias normales, el *triage* supone fijar prioridades entre pacientes con condiciones de distinto nivel de criticidad o urgencia clínica, para establecer el orden en que serán atendidos, presumiendo que todos ellos recibirán el cuidado debido. En situaciones de emergencia, surge que aquellos que se encuentran en mayor necesidad médica suelen ser aquellos que demandan el mayor “gasto” de recurso intensivo (13).

Cuatro preguntas asoman al momento de decidir la asignación de recursos sanitarios, particularmente críticos:

- 1) ¿cuán urgente es la condición clínica del paciente?;
- 2) ¿tenemos los recursos adecuados para responder a su necesidad de salud?;
- 3) ¿aun proveyendo el cuidado debido, es factible salvar su vida u obtener una mejor chance de recuperación?;
- 4) ¿es posible suministrar tratamiento para salvar la mayor cantidad de vidas de manera equitativa?

Estimo imprescindible resaltar que, desde la mirada que propongo, cualquier persona, independientemente de su edad y de su padecimiento, tiene derecho a recibir la asistencia sanitaria adecuada, y la intensidad de ésta deberá determinarse según criterios objetivos y expectativas de resolución del proceso con buena calidad de vida y funcionalidad (14).

Sentado el marco de referencia, las medidas de salud pública deben tomar en cuenta los siguientes principios éticos (15):

- 1) Las intervenciones médicas deben estar basadas en evidencia científica y ser proporcionadas al objetivo propuesto.
- 2) La coerción e intrusión en las vidas privadas de los habitantes deben ser de la menor intensidad posible y razonables frente al objetivo de salud pública que se procura.
- 3) Las personas deben ser tratadas como iguales morales, dignos de respeto. Es cier-

to que las personas pueden verse obligadas a realizar ciertos sacrificios en pos del bien común, pero el respeto debido a las personas nunca debe olvidarse.

4) El principio de solidaridad es crucial: a nivel internacional, en la cooperación entre gobiernos; desde el Estado, brindando soporte y contención a quienes padecen los costos de las intervenciones; respecto del empresario, con relación al modo en que ejercen su responsabilidad social; y a nivel individual, en la manera en que cada uno de nosotros responde a la pandemia en el día a día.

5) Parámetros a tomar en cuenta para un proceso de toma de decisiones en situación de pandemia:

- a) Indicación médica.
- b) Mejores chances pronósticas.
- c) Proporcionalidad de las medidas terapéuticas.
- d) Información al paciente y a la familia.
- e) Directivas médicas anticipadas o plan personalizado de atención en final de vida (es necesario planificar cuidados e indagar la voluntad del paciente).
- f) Las decisiones deberían ser comparadas, ya sea con el acompañamiento de un Comité de Ética o un Comité de *Triage*, pero el peso de la toma de decisiones no debe caer en el profesional tratante ni en la familia del paciente.
- g) La información personal del paciente, así como sus características personales (edad, discapacidad, etnia, creencia religiosa, riqueza o pobreza, valía social, etc.) no son parámetros para la asignación de recursos.
- h) La toma de decisiones debe basarse en:
  - (i) Información clínica.
  - (ii) Estado clínico.
  - (iii) Comorbilidades.
  - (iv) Respuesta al tratamiento: *time trial* para el recurso intensivo.
  - (v) Pronóstico.
  - (vi) Proporcionalidad de los tratamientos médicos.
  - (vii) Beneficio.
  - (viii) Justicia distributiva.
  - (ix) Irreversibilidad, desproporcionalidad, futilidad, rechazo del paciente:

1. adecuación del esfuerzo terapéutico;

2. tratamiento de confort y sintomatológico.

## VIII. Los cuidados paliativos en situación de pandemia

Los cuidados integrales y holísticos debidos a las personas que sufren enfermedades amenazantes o limitantes de la vida,

padezcan o no COVID-19, son un derecho fundamental de todo paciente y deben ser brindados y garantizados más aún en situación de crisis.

Los cuidados paliativos son un enfoque que mejora la calidad de vida de los pacientes y sus familias, enfrentando los problemas asociados a las enfermedades limitantes de la vida, a través de la prevención y el alivio del sufrimiento (16).

Los cuidados paliativos son perfectamente aplicables en cuatro escenarios humanitarios (17): en primer lugar, en situaciones prolongadas de crisis humanitarias para pacientes que padecen enfermedades limitantes de la vida y cuyo tratamiento es interrumpido o perturbado por la situación de crisis, o cuyas necesidades paliativas no pueden ser satisfechas o son exacerbadas por la crisis. En segundo lugar, en situaciones de muerte en masa, donde los recursos no dan abasto para atender a las lesiones agudas y las personas son valoradas por *triage* conforme a la chance de supervivencia. En tercer lugar, durante epidemias o pandemias de enfermedades contagiosas de alta mortalidad y escasez de tratamientos disponibles, donde el alivio del sufrimiento es el principal tratamiento disponible. Finalmente, en campos de refugiados y migrantes, donde algunas personas necesitan atención paliativa.

El principio humanitario de salvar vidas para minimizar el sufrimiento debería rediseñarse para abrazar tanto el salvataje de vidas como la minimización del sufrimiento. Esta última conceptualización enmarca a los cuidados paliativos como una parte incontestable de una mayor reacción holística a las crisis humanitarias. Los estándares de atención clínica existentes para escenarios de crisis humanitaria enfatizan que los pacientes murientes deben ser tratados con respeto, acompañados, acceder al alivio del dolor, así como al control del resto de los síntomas de disconfort, para asegurar que el proceso de morir sea lo más significativo y confortable posible. Los cuidados paliativos adscriben a estos principios sin desconocer el imperativo de salvar vidas.

Algunos miembros de la comunidad humanitaria consideran a los cuidados paliativos como una intervención de final de vida solamente instaurada cuando ya no existen tratamientos curativos —cuando “no hay nada más que hacer”—, y no como un medio para minimizar el sufrimiento y maximizar la calidad de vida del paciente.

El respeto por la dignidad humana también se concretiza cuando se permite que cada persona pueda experimentar una buena muerte, a través de la valiosa herramienta de los cuidados paliativos, que no sólo garantizan el control del dolor y el sufrimiento, sino que además entienden que la vida de una persona gravemente enferma o con patología incurable jamás pierde su valor intrínseco ni el derecho a ser sostenida y protegida, por lo que aquellas personas en situación de fin de vida o incurables también merecen cuidado y tratamiento del dolor. Ello implica abordar las siguientes áreas:

- Comunicación con el paciente.
- Comunicación con la familia.

- Decisiones anticipadas.
- Acompañamiento en el final de la vida.
- Entierro.
- Duelo.

Para aquellos pacientes que se encuentran leve o moderadamente afectados por la pandemia, el acceso al cuidado médico en domicilio, coordinado con la familia, es usualmente preferible a intentar acceder a los escasos recursos hospitalarios. Permanecer en el domicilio provee de muchos beneficios a los pacientes, a sus familias y al sistema público de salud, para aquellos pacientes que cuentan con contención y acompañamiento familiar y que pueden recibir cuidado médico seguro y satisfactorio con mínimo riesgo. Usualmente, los pacientes están más cómodos en sus domicilios y tienen menos riesgo de exposición a agentes infecciosos. A su vez, los familiares tienen mayor libertad para cuidar y acompañar al paciente, en contraposición con la internación hospitalaria (18).

Dentro de la población de pacientes COVID-19 positivo o no COVID-19, desde el enfoque paliativo deberán identificarse aquellos con mayor necesidad de atención especializada, considerándose de mayor riesgo a (19):

1. pacientes con necesidades complejas de control de síntomas;
2. pacientes en seguimiento o manejo por un especialista en cuidados paliativos;
3. pacientes cuyos síntomas no se hayan controlado adecuadamente mediante protocolos estandarizados;
4. pacientes gravemente enfermos que no tienen indicación de asistencia o soporte vital de acuerdo con la clasificación del sistema de *triage*.

### VIII.1. Restricción o prohibición de visitas

La restricción o prohibición de visitas suele sentirse como un “abandono del paciente”: la única razón por la que esta medida se implementa es para evitar el riesgo de propagar una infección altamente contagiosa.

Es una medida que tiene en miras la protección del paciente, de sus afectos y del propio equipo de salud.

Es una decisión transitoria, que podrá relajarse en cuanto el riesgo originado en la pandemia se contenga o desaparezca.

Creo indispensable garantizar un buen morir y los cuidados de fin de vida, tanto en pacientes de COVID-19 como en aquellos que tienen otras patologías limitantes o amenazantes de la vida, de manera de permitir la presencia familiar (con los resguardos y medidas de protección necesarios) junto al paciente muriente.

Desde la ética del cuidado se acentúa siempre la necesidad de que el paciente pueda estar acompañado por sus afectos

## { NOTAS }

(12) THE NOVEL CORONAVIRUS PNEUMONIA EMERGENCY RESPONSE EPIDEMIOLOGY TEAM, “Vital surveillances: the epidemiological characteristics of an outbreak of 2019 novel coronavirus disease (COVID-19)”, *China CDC Weekly* [internet], febrero/2020; disponible en <http://weekly.chinacdc.cn/en/article/id/e53946e2-c6c4-41e9-9a9b-fea8db1a8f51>.

(13) MERIN, Ofer (MD) - ASH, Nachman (MD) - LEVY, Gad (MD) - SCHWABER, Mitchell J. (MD) -

KREISS, Yitshak (MD, MHA, MPA), “The Israeli field hospital in Haiti. Ethical dilemmas in early disaster response”, *NEJM*, [www.nejm.org](http://www.nejm.org), 04/03/2010.

(14) SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS (SECPAL), “Orientaciones sobre el control sintomático de enfermos graves afectados por la enfermedad COVID-19 y que requieran atención paliativa o se encuentren próximos al final de la vida”, [www.secpal.com](http://www.secpal.com), marzo/2020.

(15) NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, “Ethical considerations in responding to the COVID-19 pandemic”, [www.nuffieldbioethics.org](http://www.nuffieldbioethics.org), 17/03/2020.

(16) “WHO definition on palliative care”, <http://www.who.int/cancer/palliative/definition/en/>.

(17) *The Lancet*, D-16-06835, [www.thelancet.com](http://www.thelancet.com), vol. 389, 15/04/2017.

(18) POWELL, Tia, “Family participation in the care of patients in public health disasters”, en BERGER,

Jeffery T. (guest editor), “Clinical ethics in catastrophic situations: mapping a standard of care. Imagining the unthinkable”, *The Journal of Clinical Ethics*, marzo/2020, special publication.

(19) ASOCIACIÓN ARGENTINA DE MEDICINA Y CUIDADOS PALIATIVOS, “Cuidados paliativos en pandemia”, [www.aamycp.com.ar](http://www.aamycp.com.ar), marzo/2020.

en los momentos finales. La necesidad de respetar los rituales de despedida está íntimamente relacionada con el sentido de dignidad y humanidad que todos poseemos. La gran paradoja es que, en situación de pandemia, aquello por lo que bregamos inveteradamente se transforma en un dilema ético y un desafío para la salud pública.

### IX. Cuidados en pediatría en el escenario del COVID-19

En la priorización de la asignación de recursos debe ser atendido el principio de superior interés del niño (art. 3º, Convención de los Derechos del Niño), lo cual significa que los pacientes pediátricos gozan de prioridad en la atención y en el acceso a los recursos en salud.

Si bien hasta el momento de redacción de este documento los niños no parecen ser una población *target* del COVID-19, y en los casos de contagio de COVID-19 sólo han manifestado síntomas leves que no han puesto en riesgo su vida, con excepción de los prematuros o aquellos que padecen enfermedades graves de base (20), es necesario no olvidarse de la atención de esta población, ya sea del niño sano que requiere el control rutinario de su pediatra o de aquellos pequeños que sufren patologías previas y que el COVID-19 —en cierta manera— invisibiliza.

La vida no se detiene por el COVID-19, y mucho menos la gente deja de enfermarse de otras enfermedades en razón del COVID-19. Por ello, debemos atender a nuestros pacientes pediátricos, tanto desde su salud física como desde su salud emocional y psicológica.

El cambio de rutina impuesto por la cuarentena obligatoria; la posible enfermedad por COVID-19 en alguno de los adultos de referencia del niño; la pérdida de contacto personal con los afectos no convivientes; la invasión de noticias y la sobreexposición informativa; las preocupaciones no sólo sanitarias sino económicas que sufren los adultos; todo ello hace imperiosa la contención y atención de esta franja etaria.

El Comité de los Derechos del Niño (21), organismo de las Naciones Unidas, advierte sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia de COVID-19 en los niños y hace un llamado a los Estados para proteger los derechos de los niños.

En este sentido, el Comité solicita a los Estados miembros:

1. Considerar los impactos sanitarios, sociales, educativos, económicos y recreativos de la pandemia en los derechos del niño.
2. Explorar soluciones alternativas y creativas para que los niños disfruten de sus derechos de descanso, ocio, recreación y actividades culturales y artísticas.
3. Asegurarse de que el aprendizaje en línea no exacerbe las desigualdades existentes ni reemplace la interacción alumno-maestro.
4. Activar medidas inmediatas para garantizar que los niños reciban alimentos nutritivos.
5. Mantener la provisión de servicios básicos para niños, incluyendo atención médica, agua, saneamiento y registro de nacimientos.

6. Definir los servicios básicos de protección infantil como esenciales y asegurarse de que sigan funcionando y disponibles.

7. Proteger a los niños cuya vulnerabilidad se incrementa aún más por las circunstancias excepcionales causadas por la pandemia.

8. Liberar a los niños de todas las formas de detención o encierro, siempre que sea posible.

9. Prevenir el arresto o la detención de niños por violar las directrices y directivas.

10. Difundir información precisa sobre el COVID-19.

11. Brindar oportunidades para que las opiniones de los niños sean escuchadas y tomadas en cuenta en los procesos de toma de decisiones sobre la pandemia.

Es imperativo recordar que el principio constitucional del superior interés del niño (art. 3º, Convención de los Derechos del Niño) impone que en toda situación en la cual esté involucrado un niño debe protegerse su mejor interés y prevalece aquella opinión que mejor proteja sus derechos, aun cuando ello signifique limitar o restringir los derechos de terceros adultos, incluidos los padres.

También debe tenerse presente que la internación conjunta es un derecho del niño y que, en el final de vida, debe permitirse la presencia de sus afectos, tomando todas las medidas de protección necesarias en situación de pandemia. Los padres, tutores, cuidadores o representantes legales deben estar presentes durante la internación del niño, recordando que la obligación del personal de salud es velar por la integridad familiar y minimizar el impacto de la enfermedad en su vida.

Por otro lado, aún no tenemos suficiente información sobre la posible transmisión vertical del COVID-19, aunque hasta el momento no se ha encontrado el virus en las muestras de líquido amniótico ni en la leche materna.

El Ministerio de Salud (22) ha señalado, con relación a la atención de embarazadas y recién nacidos en situación de COVID-19, lo siguiente:

— Aunque existen datos escasos sobre el impacto del COVID-19 durante el embarazo, los riesgos de enfermedad grave en la embarazada parecen ser similares a los de la población no gestante.

— Los estudios sobre embarazadas afectadas con COVID-19 en China no han demostrado transmisión vertical por placenta, transmisión por secreciones vaginales ni transmisión por leche materna del SARS-CoV-2. Tampoco se ha demostrado que exista una relación entre COVID-19 materna y el parto prematuro.

— Los estudios realizados sobre recién nacidos con COVID-19 reportan enfermedad leve en todos ellos.

— El modo de parto no tiene influencia sobre el riesgo vinculado a COVID-19 para la madre o el niño.

— El contacto piel a piel inmediato en el momento del nacimiento no parece aumentar el riesgo de enfermedad para el recién nacido.

— Los beneficios de la lactancia materna superan los eventuales riesgos, aun en el caso de lactancia directa, siempre que se respeten los cuidados de contacto y aislamiento por gota.

— Los recién nacidos asintomáticos no requieren estudios virológicos de rutina.

Por ello, se recuerda la importancia de amamantar al bebé con las siguientes precauciones (23):

— Observar una buena higiene respiratoria mientras amamanta a su bebé, usando mascarilla, si hay mascarillas disponibles.

— Lavarse las manos antes y después de tocar al bebé.

— Limpiar y desinfectar de manera rutinaria las superficies que haya tocado.

### X. Coda

*“In cases where decisions must be made about who shall be saved when not all can be saved, we also decide what sort of society we want ours to be. We are constituting ourselves as a certain kind of people” (24).*

Tomar decisiones nunca es tarea sencilla. Tomar decisiones en la incertidumbre es insostenible. La situación de pandemia nos plantea un terrible dilema que excede la cuestión de la justicia distributiva: cómo conservar la humanidad en una situación netamente deshumanizante. La pandemia nos exige, para enfrentarla y conservar cierta esperanza de derrotarla, que mantengamos un distanciamiento social y emocional, que los abrazos y besos, las caricias y las miradas queden encorsetadas en un EPP, los famosos equipos de protección personal; y que las sonrisas queden cubiertas por barbijos. La pandemia nos desafía a encontrar parámetros objetivos de asignación de los escasísimos recursos sanitarios allí donde “detrás, detrás está la gente” (SERRAT *dixit*).

Los cuidados humanizados nos enseñaron que las historias personales son valiosas, que las pequeñas idiosincrasias humanas hacen la gran diferencia, que el paciente no es una patología, ni una cama ni una historia clínica..., y la pandemia pretende arrebatarlos eso también, porque no nos da tiempo a conocer al paciente, porque su familia no puede estar a su lado, porque no podemos sostener su mano ni mirarlo a los

### Conozca a mi ser querido:

¡Hola equipo! Mi nombre es .....

Por favor, quiero que conozcan bien a .....  
(nombre del paciente y relación afectiva).

A ..... le gusta que lo llamen ..... (nombre o apodo preferido).

Le encanta ..... (pasatiempos, *hobbies*, gustos personales).

Me gustaría que además supieran .....

*Tips* para su cuidado, desde lo que yo sé que le importa:

1. ....
2. ....
3. ....

Me gustaría que me contactaran por teléfono a ....., o *e-mail* a .....

ojos, porque no hay tiempo para rituales de despedida.

Las guías, los protocolos y procedimientos tienen la finalidad de ayudar en el proceso de toma de decisiones, pero debemos ser conscientes de que la decisión es un proceso reflexivo y deliberativo que no puede reducirse a un algoritmo ni mucho menos transformarse en una receta de cocina ni reemplazar la valoración clínica, personal y ética que los profesionales de la salud debemos hacer de cada paciente a lo largo de la trayectoria de la enfermedad, por más breve que ésta pueda ser.

Si hay algo que distingue a la acción de cuidar es que siempre hay un alguien a quien se cuida y un alguien que cuida. Esos roles son dinámicos, porque también debemos cuidar al que cuida. Es una retroalimentación constante.

En este marco conceptual, las guías, los protocolos y procedimientos carecerían de valor y de utilidad si no hubiera una persona que cuida y una persona a quien cuidar. Ambas están hermanadas por su dignidad y por su mutua dependencia. Y es ahí cuando, probablemente, logramos recuperar la humanidad que la pandemia quiso arrebatarlos y decidimos, concretamente, quiénes somos y qué sociedad queremos ser.

### XI. Anexo I

*Conoce a mis afectos. Herramienta para ayudar al equipo asistente a poder brindar un cuidado compasivo centrado en el paciente durante COVID-19 (25)*

Queridos cuidadores y familiares. Entendemos que las restricciones a las visitas durante esta pandemia de COVID-19 han sido implementadas para cuidarlos y proteger a *sus* afectos de cualquier exposición al virus. Queremos asegurarles que estamos empeñados en proveer el mejor cuidado a su familiar durante su internación. Sabemos que Uds. son quienes mejor conocen al paciente y queremos que nos ayuden a poder brindar un cuidado compasivo, contenedor y centrado en la persona como si Uds. estuvieran físicamente al lado del paciente. Por favor, les pedimos que usen este documento para brindarnos la información que Uds. consideren necesaria sobre su familiar, tanto como persona como acerca de sus necesidades, para que nosotros podamos satisfacerlas de la mejor manera posible.

### { NOTAS }

(20) DE SOUZA, Tiago H. (MD, PhD) - NADALA, José A. (MD, MSc) - NOGUEIRA, Roberto J. N. (MD, PhD) - PEREIRA, Ricardo M. (MD, PhD) - BRANDÃO, Marcelo B. (MD, PhD), “Clinical manifestations of children with COVID-19: a systematic review”, <https://doi.org/10.1101/2020.04.01.20049833>.

(21) Ver <https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/crc/index.htm>.

(22) MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN, “COVID-19. Recomendaciones para la atención de embarazadas y recién nacidos en contexto de pandemia”, abril/2020, <http://www.msal.gob.ar/images/stories/>

[bes/graficos/000001839cnt-covid-19-recomendaciones-atencion-embarazadas-recien-nacidos.pdf](https://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/000001839cnt-covid-19-recomendaciones-atencion-embarazadas-recien-nacidos.pdf).

(23) Ver <https://www.who.int/es/news-room/q-a-detail/q-a-on-covid-19-pregnancy-childbirth-and-breastfeeding>.

(24) “Moral guidance on prioritizing care during a pandemic”, joint statement, [www.therepublicdiscourse.com](http://www.therepublicdiscourse.com),

05/04/2020. “En aquellos casos donde deben tomarse decisiones acerca de quién se salvará y quién no podrá ser salvado, también decidimos acerca de la clase de sociedad que queremos ser. Nos estamos constituyendo como una cierta calidad de personas”.

(25) UAB Center for Palliative and Supportive Care.

**Anexo II**

*Guía para Comités de Ética Clínica que responden a la crisis por COVID-19*

1. Los Comités de Ética deberán reconocer las obligaciones para promover la igualdad de las personas y la equidad en la distribución de riesgos y beneficios en la sociedad y considerar la mejor manera de apoyar la práctica clínica durante la emergencia sanitaria.

2. Los Comités de Ética deben prepararse para el servicio durante una emergencia de salud pública.

3. Los miembros de los Comités de Ética o los consultores de ética, deben determinar su disponibilidad para el servicio durante una emergencia de salud pública, sabiendo que los médicos pueden tener roles de atención al paciente y que muchos miembros estarán limitados a consulta a distancia.

4. La capacitación y el conocimiento práctico de los principios clave de la ética de la salud pública y la respuesta a desastres es esencial para ayudar al personal de salud en el manejo ético frente a los desafíos en la atención de pacientes con COVID-19.

5. El liderazgo ético debe apoyar y contribuir a la discusión, revisión y actualización de políticas y procesos relevantes con referencia a los deberes éticos descritos en este documento.

6. Los Comités de Ética deben colaborar con los Servicios de Cuidados Paliativos en relación con la práctica en condiciones de crisis, en vista de su frecuente colaboración en condiciones normales y la probabilidad de que ambos servicios tengan poco personal.

7. Los Comités de Ética deben prepararse para responder a la angustia moral del personal en condiciones de crisis, con atención a diferentes áreas como el departamento de emergencias, la sala de internación y la UTI.

8. Los Comités de Ética deben revisar y actualizar los procesos y prácticas de consulta para adaptarse a las limitaciones de recursos, restricciones de control de infecciones y restricciones de visitantes.

**Anexo III**

*Recomendaciones para la toma de decisiones en la situación excepcional de pandemia COVID-19 (26)*

1. El criterio médico en cada paciente debe prevalecer frente a estas recomendaciones generales, siempre que sea razonado, argumentado, basado en evidencia científica, y pueda

**{ NOTAS }**

(26) Adaptación de las recomendaciones de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE MEDICINA INTENSIVA, CRÍTICA Y UNIDADES CORONARIAS, "Recomendaciones éticas para la toma de decisiones en la situación

ser consensuado con el equipo tratante y/o el Comité de Ética Asistencial.

2. En toda decisión clínica debe existir un beneficio esperable y una potencial situación de reversibilidad.

3. En situaciones en las que los recursos necesarios superen los disponibles se deberán aplicar criterios de *triage* de ingreso a UCI.

4. Fomentar aquellos procedimientos que faciliten el destete de ventilación mecánica según medicina basada en la evidencia y agilizar los circuitos de traslado a planta y centros de derivación de manera de liberar los recursos intensivos para otros pacientes.

5. En caso de complicaciones, o prevista mala evolución tanto clínica como funcional, plantear la interrupción del soporte vital por futilidad e iniciar la aplicación de medidas paliativas.

6. En situación de adecuación de esfuerzo terapéutico es adecuado/correcto derivar al paciente a un área de menor complejidad para establecer el plan de cuidados paliativos.

7. Consensuar con el Servicio de Cuidados Paliativos para garantizar la continuidad de los cuidados de los pacientes en los que se indique la adecuación del esfuerzo terapéutico, de manera de atender al alivio de los síntomas de disconfort y sufrimiento, incluyendo la sedación paliativa en los casos en los que sea indicado.

8. Se debe valorar al paciente de forma global y no la enfermedad de manera aislada.

9. Establecer en todos los pacientes ingresados en el hospital (COVID-19 u otras patologías limitantes o amenazantes de la vida) una planificación de cuidados anticipada, documentándolo en la historia clínica, con definición clara acerca de la indicación de ventilación mecánica y/o ingreso a UCI, estableciendo una clara comunicación con el resto del equipo y especialidades. Ya en la UCI acordar si el paciente será candidato a medidas invasivas y RCP.

10. Se debe consultar siempre si el paciente dispone de directivas médicas anticipadas y en consecuencia respetar sus deseos, interactuando —en su caso— con sus representantes o subrogantes.

11. Principio coste-oportunidad: tener en cuenta que admitir un ingreso puede implicar, en la crisis, denegar otro ingreso a otra persona que puede beneficiarse más. Evitar el criterio "primero en llegar, primero en ingresar".

12. Establecer objetivos a conseguir durante el ingreso y si no se consiguen, se pondrá de manifiesto la futilidad del mismo y la necesidad

excepcional de crisis por pandemia COVID-19 en las unidades de cuidados intensivos", [www.semicyuc.org](http://www.semicyuc.org).

(27) SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CUIDADOS PALIATIVOS (SECPAL), [www.secpal.com](http://www.secpal.com).

de retirar los soportes y se cambiará a objetivos paliativos.

13. No ingresar a los pacientes en los que se prevé un beneficio mínimo como, por ejemplo, situaciones de fracaso multiorgánico o comorbilidades que amenazan o limitan su vida.

14. Ante pacientes críticos con otras patologías críticas distintas al COVID-19 se debe ingresar prioritariamente a quien más pueda beneficiarse del uso del recurso crítico.

15. Evitar realizar ingreso a cuidados intensivos de pacientes con decisiones previas de adecuación del esfuerzo terapéutico.

16. *ICU trial—time trial*: en aquellos casos en los que no aparezca claro el potencial beneficio de la instauración de tratamientos intensivos, se podrán ingresar de forma condicionada a la evolución clínica en las primeras 48 hs., valorando el fracaso de la terapéutica y discutiendo la necesidad de adecuar medidas, entre ellas, la externación de UCI a una sala de menor complejidad.

17. Intervención del Comité de Ética Clínica para consensuar la toma de decisiones más adecuada para cada paciente en particular.

18. Las decisiones de adecuación de esfuerzo terapéutico, idealmente, deben consensuarse con el paciente y/o familia; pero en esta situación excepcional puede ser difícil tomar decisiones así sea por vía telefónica.

19. Los soportes vitales especializados, tipo ECMO, deben destinarse a los pacientes que más puedan beneficiarse de ellos, siguiendo las recomendaciones de los expertos en estos procedimientos invasivos.

20. Se debe atender a la situación de distrés moral de los profesionales aplicando medidas para prevenir y tratar el síndrome de *burnout*.

21. Debido a la política de restricción de visitas para evitar el contagio, se debe prever la atención a las familias en las que se produce una muerte dentro de dicho período y la posibilidad de permitir su presencia cumpliendo con las medidas de protección y seguridad.

**Anexo IV**

*Recomendaciones para cuidadores sobre la atención en domicilio de personas con enfermedades crónicas avanzadas en situación de dependencia o fragilidad (27)*

1. Ante todo y mientras la situación clínica lo permita las personas que se encuentran en esta situación de vulnerabilidad deben permanecer en su domicilio, evitando acudir a consultas en centros de salud, hospitales o servicios de urgencia salvo que sea completamente imprescindible.

Para ello, ante cualquier eventualidad y antes de cualquier desplazamiento deben ponerse en contacto telefónico con los servicios de salud recomendados desde fuentes oficiales.

2. Deben estar acompañados por uno o dos cuidadores (los habituales) y restringirse las visitas presenciales en la medida de lo posible, sobre todo de aquellas personas con síntomas como fiebre y tos seca o que hayan podido estar en contacto con personas afectadas por la enfermedad.

Dado que se trata de personas necesitadas de mucho afecto, sería conveniente sustituir las visitas presenciales por visitas virtuales a través de WhatsApp, Skype o cualquier otra tecnología que permita el contacto visual y auditivo.

3. Los cuidadores deben extremar las medidas de higiene, en especial el lavado de manos frecuente con agua y jabón, así como evitar el contacto de manos, cara, ojos y boca. En caso de realizar la higiene general o cambios posturales, antes y después de cualquier procedimiento se deben lavar las manos y a ser posible ponerse guantes.

En caso de que el cuidador presentase síntomas debe ser sustituido por cualquier otro miembro de la familia o cuidador profesional.

4. Asimismo, se debe extremar la limpieza de la casa, en especial de mesas, pomos de las puertas, utensilios de cocina, trajes y vestidos, objetos personales y de cuarto de baño, así como ropa de cama, entre otros. La casa debe estar bien ventilada.

5. Es conveniente mantener la hidratación de los enfermos con líquidos, caldos, frutas, gelatinas, etc. Asimismo, extremar los cuidados de la boca y de la piel con una estricta asepsia.

6. Es necesario disponer de todos los medicamentos habituales y esenciales de su enfermedad para que en ningún momento se encuentre con dificultades de abastecimiento.

Cita on line: AR/DOC/1331/2020

**MÁS INFORMACIÓN**

**Mollar, Evangelina B.**, "Bioética en los tiempos del COVID-19", LA LEY 24/04/2020, 1, AR/DOC/1083/2020

**Lafferriere, Jorge N.**, "El COVID-19, la bioética y los derechos humanos: principios y cuestiones en juego", LA LEY 09/04/2020, 21, AR/DOC/1014/2020

**LIBRO RECOMENDADO**

**COVID-19 Implicancias Jurídicas y Tributarias**

**Autores:** Bertazza, Humberto J.; Folco, Carlos María; de Diego, Julián A.; Fernández, Luis Omar; Calderón, Maximiliano R.; Wierzbica, Sandra M.; Rajmilovich, Darío

**Disertante:** Marquez, José Fernando

**Directores:** Sabene, Sebastián E.; Ceteri, José Luis

**Edición:** 2020

**Editorial:** La Ley, Buenos Aires

**NOTA A FALLO**

## Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro

**Ley aplicable. Normativa más favorable al consumidor. Ordenamiento consumeril. Leyes especiales. Protección integral del ser humano.**

Véase en página 8, Nota a Fallo

1.- El plazo de un año previsto por la ley especial de seguros —art. 58— resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados, en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuesto por el art. 42 y art. 75, inc. 22 CN.

2.- Corresponde aplicar el plazo genérico de prescripción establecido en el art. 2560 del nuevo cuerpo normativo y no el pla-

zo anual dispuesto por el art. 58 de la ley 17.418, pues constituye la normativa que resulta más favorable al consumidor afectado.

3.- Al no contar la ley 24.240 con un plazo de prescripción propio para las acciones judiciales, no cabe aplicar fórmulas meramente mecánicas, sino que se tiene que acudir para su valoración al diálogo de fuentes y a una integración normativa teniendo presente a la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y los

fundamentos del Código Civil y Comercial, que determina que las normas tuitivas de los consumidores son el piso mínimo y núcleo duro que las leyes especiales no pueden perjudicar, bajo pena de quebrantar el sistema.

4.- No hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores, pero ninguna ley especial —como la de seguros— puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema consumeril.

5. - Encontrándose los derechos de los consumidores, dentro de los Derechos Humanos, dado que está en juego la dignidad de la persona, la cuestión a decidir no puede soslayar el principio *pro hominis*, por aplicación del control de convencionalidad.

122.526 — CNCom., sala F, 05/03/2020. - Sittner, Nérida Elida c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/493/2020]

## COSTAS

Se imponen por su orden.

2ª Instancia. — Buenos Aires, marzo 5 de 2020.

Vistos:

1. Apeló la parte actora la decisión de fs. 161/64 en cuanto el magistrado de grado admitió la excepción de prescripción oportunamente introducida (fs. 161/64).

2. Los fundamentos de la demandante obrantes en fs. 167/169 y fueron contestados en fs. 171/73.

La Sra. Fiscal de Cámara dictaminó en fs. 178/185.

3. Cabe determinar —en virtud de los agravios vertidos por la demandante—, cuál es el plazo de prescripción aplicable para los contratos de seguros.

La parte actora postuló la aplicación del plazo trienal previsto por la LDC mientras que la demandada aseguradora mantuvo que se imponía el plazo anual de la Ley de Seguros por ser ley especial.

Por su parte, el anterior sentenciante, luego de un análisis de la cuestión, concluyó que corresponde aplicar al *sub lite* el plazo de un año en orden a lo normado por el art. 58 de la Ley de Seguros.

4. Es del caso recordar que la Ley de Seguros establece en su artículo 58 el plazo de prescripción para las acciones. Su texto en la parte pertinente reza: “Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la co-

rrespondiente obligación es exigible”. Luego con la vigencia de la ley de defensa del consumidor (y en especial con la ley 26.361), esta Sala como gran parte de la doctrina consideraba que la prescripción en los seguros para los consumidores era de tres años (Cfr. esta Sala “Salina, Gladys M. c. BBVA Consolidar Seguros SA del 10/05/2018; “Rodríguez, Gabriel L. c. Segurocoop Cooperativa de Seguros Limitada s/ ordinario”, del 03/12/2019, entre otros).

Empero, tras un nuevo análisis de la cuestión a la luz de la vigencia del nuevo Cód. Civil y Comercial que elimina el plazo previsto en el art. 50 LDC para las acciones de los consumidores, entendemos que el plazo de prescripción trienal resultaría aplicable sólo a las sanciones emergentes de la ley de Defensa de Consumidor, pero no a las acciones judiciales como las que aquí se trata. Ello así, importa volver a definir el plazo a seguir en materia de prescripción liberatoria de seguros.

De ahí que, en la actualidad calificada, doctrina y jurisprudencia se inclinan en sostener que el plazo de prescripción en este tipo de acciones sea de un año de conformidad con lo previsto por la ley especial (art. 58 ley 17.418) y otros propenden a la aplicación del plazo

genérico que establece el art. 2560 del Cód. Civil y Comercial.

5. Ahora bien, en lo que atañe a la controversia que ha suscitado la aplicación del instituto de la prescripción, en particular la determinación del plazo que debe aplicarse a las acciones después de la reforma apuntada, adelantamos que el plazo de un año previsto por la ley especial resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados, en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuesto por el art. 42 y art. 75 inc. 22 CN.

Ello así, por cuanto la Constitución es ley suprema o norma fundamental no sólo por ser la base sobre la que se erige todo el orden jurídico-político de un estado, sino también, por ser aquella norma a la que todas las demás leyes y actos deben ajustarse. Esto quiere decir que todo el ordenamiento jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución.

Esta supremacía significa —ante todo— que la constitución es la “fuente primaria y fundante” del orden jurídico estatal. Esto,

# Aplicación del plazo de prescripción quinquenal a contratos de seguros aplicables a consumidores

## UN ABORDAJE *PRO HOMINE*

María Agustina Otaola (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El contrato de seguro aplicable a consumidores.— III. La ley 24.240.— IV. La prescripción en las acciones emergentes de la LDC.— V. El principio *in dubio pro consumidor* como regla de interpretación.— VI. Consecuencias de la aplicación de la LDC en materia de seguros.— VII. Conclusiones.

### I. Introducción

En fecha 05/03/2020, la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial se expidió en la causa “Sittner, Nérida Elida c/ La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario - expte. civ. Nº 15.767/2018”.

En particular, se controversió cuál es el plazo de prescripción aplicable a los contratos de seguros. La apelación tuvo lugar en razón de haber resuelto el *a quo* que el plazo de prescripción aplicable era de un año, de conformidad con el art. 58 de la Ley de Seguros.

La parte actora postuló la aplicación del plazo trienal previsto por la Ley de Defensa del Consumidor, mientras que la demandada aseguradora mantuvo que se imponía el plazo anual de la Ley de Seguros, por ser ley especial.

En consecuencia, en primera instancia se hizo lugar a la excepción de prescripción in-

terpuesta por la parte demandada, en razón de haber transcurrido más de un año desde que la prestación se tornó exigible.

Al respecto, cabe recordar que el tema ha suscitado desencuentros en la doctrina. Mientras que algunos sostienen la plena aplicación de la Ley de Seguros, hay quienes sostienen que, configurada una relación de consumo, corresponde la aplicación de la ley 24.240 (en adelante, LDC) (1).

Con respecto a nuestro más Alto Tribunal, en el precedente “Buffoni”, de fecha 08/04/2014, juzgó inaplicable la LDC frente a un contrato de seguros. En consecuencia, la Corte Suprema sostuvo: “Que no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro”; asimismo, precisó: “...sin perjuicio

de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlos deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Cód. Civil, voto del juez Lorenzetti en la causa ‘Cuello’ y CS, Fallos 330:3483)” (2).

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala F señaló: “no se soslaya la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el fallo ‘Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios’. No obstante juzga este tribunal, que lo allí decidido lo fue en contexto distinto al debatido en autos, tal como señala el pormenorizado análisis de la Sra. fiscal, cuyos fundamentos se comparten y al que remitimos en orden a la brevedad”.

### II. El contrato de seguro aplicable a consumidores

En el fallo que se comenta, la Cámara precisó que, luego, con la vigencia de la LDC (y en especial con la ley 26.361), gran parte de la doctrina consideraba que la prescripción

en los seguros para los consumidores era el plazo previsto en la ley 24.240.

Corresponde puntualizar a qué nos referimos cuando hablamos de contrato de seguros aplicable a los consumidores. El contrato de seguros se encuentra regulado por su propia ley específica: la ley 17.418, cuya aplicación es preferente frente a la normativa general de contratación. Esto implicó que un importante sector de la doctrina entendiera que no resulta aplicable la ley 24.240 cuando se encuentra configurado un contrato de seguro. Lo llamativo es que nos encontramos ante dos regímenes de carácter particular y de aplicación preferente (no excluyente) a la legislación general. Cabe preguntarnos, entonces, qué normativa debe prevalecer cuando el contrato de seguros configura una auténtica relación de consumo.

Como señala Ghersi: “la Ley del Consumidor también es de especificidad, pues aborda mínimamente el contrato de consumo que, como dijimos, es una tipicidad legal y que en determinados casos es una especie de contrato de seguros. Quiere decir que en estos casos hay absoluta compatibilidad normológica entre dos leyes especiales, una respecto de la materia y otra respecto de la tipicidad contractual” (3).

Para el autor citado, la categoría de los contratos de seguros que resultarían alcanzados por la LDC sería la de los realizados mediante

### { NOTAS }

**Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)**  
(\*) Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Magíster en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC). Máster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Ex becaria de posgrado (CONICET). Docente adjunta de la Universidad Católica de Santiago del Estero.

(1) Entre los primeros: STIGLITZ, Rubén - COM-

PIANI, María Fabiana, “Un trascendente y necesario pronunciamiento de la Corte en materia de seguros”, LA LEY, 2014-C, 38; LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo, “Defensas oponibles al tercero en los seguros de responsabilidad civil”, LA LEY 2014-C, 145; SAPPILA, Candelaria - MORENO, María de las Mercedes, “La función social y económica del contrato de seguros automotor a la luz de los nuevos criterios jurisprudenciales”, en *Congreso de Seguros*. Córdoba, 2014; entre otros. En la segun-

da corriente se inscriben: SOBRINO, Waldo A., “Adiós ‘Buffoni’: la inaplicabilidad de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, Sistema Argentino de Información Jurídica, SAIJ, 2014; GHERSI, Carlos, “El seguro y la aplicación de la Ley del Consumidor”, *Revista Jurídica*, UCES; SHINA, Fernando, “Los seguros y las relaciones de consumo. La figura del tercero expuesto en el Código Civil y Comercial. La acción directa

de las víctimas contra las aseguradoras”, SAIJ.

(2) 08/04/2014, “Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros SA en la causa ‘Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios’”, AR/JUR/6035/2014.

(3) GHERSI, Carlos A., “El seguro y la aplicación de la Ley del Consumidor”, ob. cit.

el colocar a la constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella —desde dicha cúspide— la que dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados, para reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional —sea el general, sea el de los derechos humanos— y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado, el derecho comunitario (cfr. Bidart Campos, German J., Manual de la Constitución Reformada, T. II, ps. 333/334, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 2000).

Destácase que la Constitución Nacional, en su primera parte, garantiza los derechos de consumidores y usuarios, sin definirlos, en la relación de consumo. Así, su art. 42 reza “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de

la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

A ello hay que agregar que: Los Derechos de los Consumidores forman parte de los Derechos Humanos, con lo cual el tema *sub examine* debe ser analizado a la luz de lo expuesto en el art. 75, inc. 22 CN, donde se hace referencia a los Tratados Internacionales y le otorga categoría de norma supralegal (Cfr. Ghersi, Carlos [Coordinador], Los Derechos del Consumidor, Capítulo I, Dra. Mariotto, Ediciones Mora, Buenos Aires). Ello implica que el juez *ex officio* debe realizar un Control de Convencionalidad.

En el marco apuntado, encontrándose los derechos de los consumidores, como uno de los derechos, dentro de los Derechos

Humanos, dado que está en juego la dignidad de la persona, la cuestión a decidir no puede soslayar el principio “*pro hominis*” (en el sentido de la protección integral del ser humano), por aplicación del control de convencionalidad.

Síguese de ello, que, si antes esta Sala aplicaba el plazo de la ley consumeril, aplicar un plazo menor, implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y por lo tanto resulta contrario al principio “*pro homine*” y “*pro consumidor*” que siempre hemos tenido en cuenta a la hora de decidir.

Por lo tanto, consideramos que al no contar la ley 24.240 con un plazo de prescripción propio para las acciones judiciales, no cabe aplicar fórmulas meramente mecánicas, sino que se tiene que acudir para su valoración al diálogo de fuentes, y a una integración normativa teniendo presente a la Constitución Nacional; los Tratados Internacionales y los fundamentos del Cód. Civil y Comercial, que determina que las normas tuitivas de los consumidores del Código son el “...piso mínimo y... ‘núcleo duro...’ que las leyes especiales no pueden perjudicar, bajo pena de quebrantar el sistema”.

Así, dicha integración normativa en defensa de los consumidores va a hacer escala técnica en el Nuevo Cód. Civil y Comercial que “...recupera una centralidad para iluminar más fuentes...” estableciéndose “...pisos mínimos de tutela conforme con el principio más favorable del consumidor...” (Cfr. “Fundamentos”; T. III “Contratos de Consumo”; Punto 1) “Método”, subpunto d).

De modo que, por los fundamentos del Cód. Civil y Comercial y por aplicación del art. 1094 del mismo ordenamiento, en cuanto ordena que “...las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor...” (agregando que) “...en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor...”. Con lo cual en lo que concierne al plazo de prescripción se cambió el piso mínimo del art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor (tres años) por el piso mínimo del plazo genérico de cinco años (5) previsto por el art. 2560 del Cód. Civil y Comercial (Cfr. Sobrino, Waldo A. R. “Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo

estructuras de adhesión, donde la asimetría de poder con el usuario impide cualquier tipo de negociación, de tal forma que la empresa estructura su contenido económico y jurídico prescindiendo de la participación del usuario, que sólo asiente con el negocio y, por esta misma razón, es protegido(4). Cabe aclarar que en la actualidad la inmensa mayoría de los contratos de seguro son celebrados mediante cláusulas de adhesión.

Amén de lo señalado, debe consumarse la figura del consumidor en la relación seguro-tomador, tal como se encuentra definido en el art. 1º de la LDC: “Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

En autos “Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA”, la Corte Suprema de Mendoza puntualizó: “La relación de consumo se da plenamente en el contrato de seguro, aun colectivo como en el presente, en tanto si bien la principal —DGE— aparece como tomadora del mismo, es claro y evidente que no lo hace por su propio interés, asegurando su patrimonio, sino en el interés de quienes desempeñan tareas en su ámbito, como el caso de la parte actora. Ello así, hasta tanto el asegurado, que sí actúa en interés propio, no adhiera a las cláusulas convenidas entre asegurador y tomador, concretamente el contrato de seguro no nace. En tal inteligencia es que resulta plenamente de aplicación lo normado por el art. 1º de la ley 24.240 ya que el tomador (DGE) actúa como un simple intermediario de los intereses de las partes

y, el asegurado, evidentemente adquiere un servicio, cual es el seguro, de una empresa dedicada a tal fin de modo tal que se encuentra comprendida en las previsiones del art. 2º de la citada norma legal” (5).

En consecuencia, en tanto el tomador del seguro lo contrate en beneficio propio o de su grupo familiar o social, se configura la noción de consumidor prevista en el art. 1º de la LDC. La aseguradora, por su parte, siempre estará comprendida en el art. 2º de la normativa consumeril, por ser una persona jurídica que desarrolla de manera profesional la prestación y comercialización de servicios de seguros destinados a consumidores o usuarios.

### III. La ley 24.240

El marco jurídico de la relación de consumo en la Argentina se encuentra integrado, ante todo, por la ley 24.240, sancionada el 22/09/1993 y promulgada el 13 de octubre del mismo año, siendo su reforma más sustancial la introducida mediante la ley 26.361, sancionada el 12/03/2008, que reformó el concepto tanto de consumidor como de proveedor; incorporó el deber de trato digno en el art. 8º bis; modificó el plazo de garantía legal del art. 11; incorporó el daño punitivo en el art. 52 bis y el daño directo en el art. 40 bis, entre otras reformas.

Antes de la sanción de la LDC, los consumidores se encontraban indefensos en gran medida. “Según se desprende de los antecedentes parlamentarios, [la LDC] tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana” (6).

Sin embargo, cuando se entabla una relación de consumo, el plexo normativo se integra con otras normas aplicables, tanto nacionales como supranacionales. En este último grupo corresponde incluir los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

De tal manera, el art. 3º de la LDC, en lo pertinente, establece: “...Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la ley 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

### IV. La prescripción en las acciones emergentes de la LDC

En el fallo *sub examine*, la parte actora postuló la aplicación del plazo trienal previsto por la LDC, mientras que la demandada aseguradora mantuvo que se imponía el plazo anual de la Ley de Seguros, por ser ley especial.

El texto original de la LDC establecía la prescripción trienal de las acciones y sanciones emergentes de la ley consumeril. El art. 50 estaba redactado de la siguiente manera:

Art. 50: “Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres [3] años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

A posteriori, la reforma introducida por la ley 26.361 modificó el contenido del art. 50 por el siguiente texto:

Art. 50: “Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres [3] años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Dicho texto no dejaba lugar a dudas: en un caso como el que se analiza corresponde la aplicación del plazo trienal, por resultar más favorable al consumidor. Así se resolvió en autos “Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA”: “Esta nueva norma ya no puede dejar lugar a dudas. Su letra no permite interpretar que sólo se refiera a las acciones que la LDC prevé, sino a todas las acciones que fijaran ‘otras leyes generales o especiales’ con lo que aquella discusión pasó a carecer de sentido” (7).

Finalmente, el punto 3.4 del anexo II de la ley 26.994 dispuso modificar el art. 50 por el siguiente texto:

Art. 50: “Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres [3] años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

La nueva redacción del art. 50 se refiere únicamente a las “sanciones” emergentes de la LDC, mientras que las acciones quedarían sin un plazo específico de prescripción previsto en la ley consumeril. A propósito de la última reforma, nuestros tribunales vienen entendiendo que el plazo de prescripción aplicable a las acciones emergentes de la

### { NOTAS }

(4) *Ibidem*.

(5) SC Mendoza, sala I, 23/03/2012, “Caja de Seguros SA en J. 86.813/12.698 ‘Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA p/ cuést. deriv. de contrato de seg. s/ cas.’”.

(6) CS, 11/12/2001, “Flores Automotores”, AR/

JUR/4571/2001, decisorio del Alto Tribunal citado en el precedente de la CCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 12/05/2005, “Publicom SA c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones”, causa RDC 587-0, sentencia 55, del voto del Dr. Carlos F. Balbín con adhesión de los Dres. Esteban Centana-

ro y Horacio G. Corti. Citado por TAMBUSI, Carlos E., “Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos”, *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, vol. 12, nro. 13, 2014, disponible en <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/38>.

(7) SC Mendoza, sala I, 23/03/2012, “Caja de Seguros SA en J. 86.813/12.698 ‘Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros SA p/ cuést. deriv. de contrato de seg. s/ cas.’”.

Código”, LA LEY 25/02/2015 1, LA LEY, 2015-A, 1008).

Síguese de ello, que la normativa que resulta más favorable a la consumidora afectada, en virtud de la “integración normativa” y de conformidad con las pautas fundamentales que fija el art. 3 de la ley 24.240, cuando establece que: “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (...). En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”, es la que fija el plazo genérico establecido en el art. 2560 del nuevo cuerpo normativo y no el plazo anual dispuesto por la magistrada.

Y ello concretamente implica que no hay obstáculos para que una ley especial esta-

blezca condiciones superiores, pero ninguna ley especial —como la de seguros— puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema, con lo cual estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de reglas de orden público de protección que se suman a las normas fundamentales de protección del consumidor establecidas en el art. 42 CN, luego las leyes nacionales, provinciales pueden perforar esos mínimos legales (Cfr. “Revista de Derecho de Daños, “Consumidores”, Doctrina y Juris. ps. 260/261, Editorial Rubinzal Culzoni 2016-1).

Sobre el particular, es de utilidad referir que el Dr. Ricardo Lorenzetti, bajo el Título de “Conflictos con otras Leyes Especiales”, por un lado, afirma que la Ley de Defensa del Consumidor tiene “...Prioridad frente a las Leyes Especiales que regulan la actividad del Proveedor”, enseñando que “el legislador so-

luciona un problema que no es de interpretación, sino de jerarquía de normas...” haciendo expresa mención a las leyes referidas a la actividad bancaria, de seguros...”.

Y por otro lado, en forma expresa, y específica, bajo el título de “Prioridad en materia de prescripción...” determina “una solución similar para la jerarquía en la aplicación de normas en materia de prescripción...” (Cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis; Consumidores, Segunda Edición actualizada, “Autonomía del microsistema” p. 49, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009 y “Consumidores, Capítulo Segundo, “Fuentes y Futuro del Derecho del Consumidor”; Acápites V “Conflicto con otras Leyes Especiales que regulan la actividad del Proveedor”).

Como se ve, y por aplicación de jerarquía de normas, cabe conferir preeminencia a

la normativa consumerista constitucional, por sobre cualquier otra ley general o especial.

No se ignora que el art. 2532 del Cód. Civ. y Comercial dispone que “En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria” y que ello podría dar lugar a interpretar que el art. 58 de la L.S se trata de una norma específica que desplaza la regulación del art. 2560 del Cód. Civ. y Comercial.

No obstante, ha de considerarse que dicha interpretación desatiende los principios y normas del Cód. Civ. y Comercial, cuando afirma a través del art. 1094 y de los Fundamentos que las normas del Código son el “*piso mínimo*” y el “*núcleo duro*” de protección al consumidor. De ahí que las pautas de las

LDC es el genérico de cinco años: “La sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, coincidiendo con la fiscal general, entendió que el plazo de prescripción de una acción judicial donde se atribuyen actos contrarios al ordenamiento jurídico sobre las relaciones de consumo, como son la violación al deber de información y el cobro indebido de sumas de dinero, de acuerdo a lo previsto por el art. 2560 del Cód. Civ. y Com., es de 5 años” (8).

Esta última interpretación es la que realizó la Cámara al resolver el fallo que se analiza: “Empero, tras un nuevo análisis de la cuestión a la luz de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial que elimina el plazo previsto en el art. 50, LDC, para las acciones de los consumidores, entendemos que el plazo de prescripción trienal resultaría aplicable sólo a las sanciones emergentes de la Ley de Defensa de Consumidor, pero no a las acciones judiciales como las que aquí se trata. Ello así, importa volver a definir el plazo a seguir en materia de prescripción liberatoria de seguros. De ahí que en la actualidad calificada doctrina y jurisprudencia se inclinan en sostener que el plazo de prescripción en este tipo de acciones sea de un año de conformidad con lo previsto por la ley especial (art. 58, ley 17.418) y otros propenden a la aplicación del plazo genérico que establece el art. 2560 del Cód. Civ. y Com.”. A continuación puntualizó: “Adelantamos que el plazo de un año previsto por la ley especial resulta absolutamente breve y prácticamente condenatorio de los derechos de los asegurados, en tanto resulta contrario a los principios protectorios de los consumidores dispuestos por el art. 42 y art. 75, inc. 22, CN”.

Finalmente, la Cámara destacó que una solución diferente vulneraría los principios *pro homine* y *pro consumidor*: “En el marco apuntado, encontrándose los derechos de los consumidores, como uno de los derechos, dentro de los derechos humanos, dado que está en juego la dignidad de la persona, la cuestión a decidir no puede soslayar el principio *pro hominis* (en el sentido de la protección integral del ser humano), por aplicación del control de convencionalidad. Síguese de ello, que si antes esta sala aplicaba el plazo de la ley consumeril, aplicar un plazo menor, implica una

interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y por lo tanto resulta contrario al principio *pro homine* y *pro consumidor* que siempre hemos tenido en cuenta a la hora de decidir”.

#### V. El principio *in dubio pro consumidor* como regla de interpretación

La primera formulación *de lege lata* de este principio se plasmó en el art. 3º del texto original de la LDC, en los siguientes términos: “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

La ley 26.361 reformuló el texto del art. 3º, asignándole el siguiente contenido, en lo pertinente: “...En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”.

El Código Civil y Comercial también se refiere al principio en los siguientes términos: art. 1094: “*Interpretación y prelación normativa*. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

En igual sentido, al referirse a la interpretación del contrato de consumo, el art. 1095 del Cód. Civ. y Com. establece: “El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”.

La consagración del principio *in dubio pro consumidor* es producto de una historia caracterizada por los abusos de la parte más poderosa de estas relaciones, que siempre es el proveedor. Su formulación se plantea en los siguientes términos: “En los casos en los que los consumidores promueven acciones judiciales en defensa de sus derechos, son admisibles todos los medios de prueba sin

que corresponda la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de ellos. Asimismo, el juez debe evaluar el comportamiento de las partes para poder determinar si actuaron de buena fe, no incurrieron en abuso de derecho y si cumplieron con las obligaciones impuestas a su cargo por las disposiciones vigentes. Y cuando no tenga elementos de convicción suficientes para tener por verificados o no los hechos discutidos, deberá interpretar el contrato en la forma más favorable al consumidor” (9). “La ley presupone irrefragablemente la situación de debilidad en que se halla el consumidor [...]. De allí que se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor” (10).

La aplicación del principio implica —en un caso como el que se analiza— que en caso de duda se estará siempre a la aplicación de la norma que resulte más favorable al eslabón débil de la relación: el tomador del seguro.

Controvertido el plazo de prescripción aplicable a este tipo de relaciones —entre una norma que establece el exiguo plazo de un año y un cuerpo normativo cuya interpretación conduce a la aplicación del plazo genérico de cinco años—, sin dudas habrá que aplicar este último, en congruencia con el principio desarrollado.

#### VI. Consecuencias de la aplicación de la LDC en materia de seguros

Como derivación necesaria del razonamiento de la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el fallo que se analiza, la ley 24.240 no sólo gravitará en el plazo de prescripción, sino también en otros aspectos de la responsabilidad de la entidad aseguradora.

Una de las cuestiones que debemos plantearnos es la aplicación de la responsabilidad objetiva y solidaria del art. 40 de la LDC, que dispone: “*Responsabilidad solidaria*. Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de

las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

La aplicación del artículo citado al contrato de seguro implica que el consumidor o usuario puede accionar en forma directa contra toda la cadena de manufacturación de un servicio: elaboración, circulación, distribución y comercialización del servicio del seguro. “Por lo cual sostenemos que por esta vía se puede accionar contra la empresa de reaseguros, e incluso el propio Estado por control en la elaboración de los servicios del seguro, cuando no es ejercido adecuadamente y se producen quiebras en el sistema o fraudes individuales, etcétera” (11).

Otra consecuencia de la aplicación de la LDC en materia de seguros es la posibilidad de solicitar la aplicación del daño punitivo previsto en el art. 52 bis contra la aseguradora, en caso de haber obrado ésta con deliberada intención de ocasionar un daño al asegurado, o bien en caso de haber desplegado conductas contrarias al deber de trato digno establecido en el art. 8º bis.

De igual manera, el proveedor del servicio de seguro estará obligado al cumplimiento de las pautas de información, oferta y publicidad previstas en los arts. 4º, 7º y 8º, LDC, y de los modos de rescisión contemplados en el art. 10 ter. Mientras que, en caso de duda sobre la interpretación de las cláusulas establecidas en la póliza o en sus anexos o subanexos, éstas habrán de interpretarse en el sentido más favorable al consumidor.

#### VII. Conclusiones

Previo al fallo que se comenta, algunos autores habían advertido sobre la inaplicabilidad del fallo “Buffoni”, por cuanto sus antecedentes y fundamentos se encontraban superados por la doctrina y la jurisprudencia actuales. “Ello era así, dado que se hacía expresa mención a que los contratos eran acuerdos de voluntad entre iguales (art. 1137); que las partes debían someterse a los contratos como a la ley misma (art. 1197); la aplicación del efecto relativo de los contratos (arts. 1195 y 1199); la utilización de las pautas del Código Napoleón de 1804; etcétera” (12).

#### { NOTAS }

(8) Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/usuarios-y-consumidores/la-camara-determino-que-es-de-cinco-anos-el-plazo-de-prescripcion-de-una-accion-judicial-para-actos-contrarios-a-las-relaciones-de-consumo/>.

(9) BARBADO, Patricia, “La tutela de los consumidores y las consecuencias procesales de las relaciones de consumo”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-1: “Consumidores”, Rubinzal-Culzoni Edit., p. 210.

(10) STIGLITZ, Rubén - STIGLITZ, Gabriel, “Derechos y defensa del consumidor”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 117.

(11) GHERSI, Carlos A., “El seguro y la aplicación de la

Ley del Consumidor”, ob. cit., p. 19.

(12) SOBRINO, Waldo A., “Adiós ‘Buffoni’...”, ob. cit.

disposiciones específicas solamente resultan aplicables cuando respeten ambos lineamientos (conf. Waldo Sobrino, "Seguros y el Código Civil y Comercial", t. 1, p. 744, Ed. Thomson Reuters LA LEY, Buenos Aires, 2016), circunstancia que no ocurre con la regulación del art. 58 de la Ley de Seguros, razón por la cual habrá de estarse al plazo establecido en el art. 2560 del Cód. Civ. y Comercial.

Ello así, desde que el art. 1094, en su segunda parte, resulta por demás esclarecedor al señalar que en caso de duda sobre la interpretación del Cód. Civ. y Comercial o de las leyes especiales, prevalecerá la más favorable al consumidor.

Así, en función de una interpretación funcional desde la perspectiva que ofrecen los arts. 42 y art. 75, inciso 22 CN;

art. 50 y 3 de la Ley de Defensa del Consumidor: arts. 2, 3 y 1094 y del Cód. Civ. y Comercial y ccs., juzgamos aplicable en materia de prescripción el plazo de cinco años previsto por el art. 2560 Cód. Civ. y Comercial.

6. Por último, para así decidir no se soslaya la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Buffoni, Osvaldo Omar. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios". No obstante, juzga este Tribunal, que lo allí decidido lo fue en contexto distinto al debatido en autos, tal como señala el pormenorizado análisis de la Sra. Fiscal, cuyos fundamentos se comparten y al que remitimos en orden a la brevedad.

7. Por lo expuesto, se resuelve: Revocar el pronunciamiento apelado en cuanto admitió la defensa de prescripción opuesta por la

demandada, con costas de ambas instancias por su orden en función de los criterios disímiles sobre la materia. (CPR.: 69).

Notifíquese (Ley N° 26.685, Acs. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Acs. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Rafael F. Barreiro*. — *Ernesto Lucchelli*. — *Alejandra N. Tevez* (con el agregado que sigue).

La doctora *Tevez* dijo:

La solución a la que arriba la Sala (aplicación del plazo genérico de cinco años previsto en el art. 2560 del Cod. Civ. y Comercial) es conteste no solo con la posición de una parte de la doctrina especializada, sino,

adicionalmente, con el criterio exhibido por recientes pronunciamientos judiciales en supuestos similares al que aquí se examina (cfr. sentencia del 10 de mayo de 2018 de la Primera Cámara de apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, en autos "Núñez, Fabián c. Triunfo Coop. De Seguros Ltda. p/ D. y P."; fallo del 5 de diciembre de 2019 de la Sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes, Pcia. de Buenos Aires, en autos "Vega, Adriana L. M. y otro c. Antártida Compañía Argentina de Seguros s/ daños y perj. Incump. Contractual"; y Sánchez, Marina Lilén - Torres Cavallo, Jaime A., "La prescripción en las acciones derivadas del incumplimiento del contrato de seguros. Un reciente pronunciamiento judicial en Mendoza", LA LEY Gran Cuyo 2018 [diciembre], 3 - RCyS 2019-III, 46). — *Alejandra N. Tevez*.

Le asiste razón a la Cámara en el pronunciamiento que analizamos cuando subraya que el precedente "Buffoni" fue resuelto en un contexto distinto al actualmente vigente, por cuanto a partir de agosto del año 2015 comenzó a regir un nuevo ordenamiento civil y comercial que regula con especial atención los contratos de consumo y la relación de consumo, estableciendo una serie de principios mínimos que deben acatarse cuando se encuentran en juego derechos de consumidores y usuarios. Asimismo, establece una pauta ineludible de interpretación: "En caso de duda sobre la

interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor". No caben dudas, entonces, acerca de que la interpretación efectuada por la sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial es conforme a derecho, por cuanto el plazo de cinco años de prescripción aplicable conforme a la LDC es más favorable al consumidor que el exiguo plazo de prescripción de un año establecido en la Ley de Seguros.

Como bien señala Lorenzetti, "el derecho de los consumidores es un microsiste-

ma legal de protección que gira dentro del sistema de derecho privado con base en el derecho constitucional y, por lo tanto, las soluciones deben buscarse dentro del propio sistema ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aun derogatorio de las normas generales" (13). Será derogatorio sólo en la medida en que la norma general se contradiga con alguna norma del sistema específico. De lo contrario, se integran ambas normativas a los fines de lograr una solución acorde con el ordenamiento jurídico integralmente considerado.

Idéntica conclusión resulta de los términos del Código Civil y Comercial, al decir en su art. 963: "Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) nor-

mas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código".

Finalmente, desde una perspectiva constitucional y con base en nuestro ordenamiento jurídico integralmente considerado, se impone la resolución dispuesta en los autos, poniendo el eje de atención y protección en el consumidor y la persona humana. "En definitiva, el principio *pro homine* como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos" (14).

Cita on line: AR/DOC/999/2020

#### { NOTAS }

(13) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 2009, 2ª ed., p. 50.

(14) 09/11/2015, sumario de fallo: "Jerarquía constitu-

cional, tratados internacionales, principio *pro homine*", SALJ SUH0002208.

## JURISPRUDENCIA

### Competencia en materia laboral

**Habilitación de feria para percepción de fondos en una causa laboral. Emergencia sanitaria. Sentencia firme. Actividad de alzada concluida. Incompetencia. Remisión virtual de las actuaciones al Juzgado de feria.**

En una petición de habilitación de feria para percibir fondos de una causa laboral en la que hay sentencia firme y orden de devolución a primera instancia corresponde declarar la incompetencia del tribunal para resolver la habilitación solicitada y proceder a la remisión virtual de las actuaciones al Juzgado de Feria, dado que la actividad jurisdiccional de alzada se encuentra concluida.

122.527 — CNTrab., sala de feria, 14/04/2020. - Marote, Jorge Luis c. Proios Salvage S.A. y otro s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/9288/2020]

2ª Instancia. — Buenos Aires, abril 14 de 2020.

Considerando:

Que la presente Sala de Feria se integra por los Dres. Alejandro H. Perugini,

Diana R. Cañal, y María Dora González reunidos de manera remota y virtual de conformidad con lo establecido en las Acordadas 6/20, 8/20 y 10/20 de la CSJN, y Resoluciones 6/2020, 10/2020 y 13/2020 de la CNAT, para decidir las cuestiones planteadas por el actor y su representación letrada quienes solicitan la urgente habilitación de la feria extraordinaria por razones de salud pública dispuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de la Acordada 6/2020 y sus respectivas prorrogas, a efectos de la percepción de las sumas de dinero resultantes de la sentencia dictada en autos, dado el carácter alimentario de los créditos y la situación de desamparo ocasionada por la propia pandemia.

La lectura de las constancias correspondientes a la causa en el sistema informático permite advertir que, tal como lo señala el Sr. Representante del Ministerio Público Fiscal en su dictamen de Feria N° 1 del 13 de abril de 2020, el expediente se encuentra con sentencia firme y con orden de devolución a primera instancia dispuesta, por lo que la petición se relaciona con la eventual continuidad de la ejecución de la sentencia.

De tal modo, dado que la actividad jurisdiccional de alzada se encuentra concluida y la competencia relativa a la ejecución corresponde al Juzgado de Primera Instancia, cabe concluir que este Tribunal carece de facultades para disponer la ha-

bilitación solicitada sin alterar el orden de grado, por lo que en tales condiciones, sin perjuicio de una eventual intervención por vía de recurso y sin que ello implique consideración alguna sobre la procedencia formal o sustancial del pedido, cabe declarar la incompetencia de este tribunal respecto del pedido de habilitación en estudio, el cual deberá ser formulado ante el/la magistrado/a de feria interviniente en primera instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal resuelve:

1) Declarar la incompetencia del Tribunal para resolver la habilitación solicitada.

2) Proceder a la remisión virtual de las actuaciones que se tienen a la vista, al Juzgado de Feria. La doctora María Dora González no vota (art. 125 LO). Regístrese, notifíquese al peticionante y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase al Juzgado de Feria interviniente. — *Alejandro H. Perugini*. — *Diana R. Cañal* (\*).

(\*) Nota: Se deja constancia que, atento a lo dispuesto en el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo Nacional, N° 297/2020 (prorrogado mediante Decreto N° 325/2020) en función de la emergencia sanitaria declarada en la República Argentina mediante Decreto N° 260/2020 y a lo dispuesto en las Acordadas CSJN Nros. 6/2020 y 8/2020, y en las Resoluciones CNAT Nros. 6/2020 y 13/2020, los doctores Alejandro H. Perugini y Diana R. Cañal, luego de deliberar en forma remota y vir-

tual mediante los canales electrónicos disponibles, emitieron su voto de manera digital, de lo que da fe la Secretaria de Feria María Ximena Fernández Barone. Transcurrida que sea la feria extraordinaria, la presente resolución será impresa y suscripta por los magistrados intervinientes, a los fines de su correspondiente agregación al expediente.

### Excarcelación en la pandemia

**Parámetros de actuación en relación con la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia COVID-19. Medidas alternativas al encierro.**

La Cámara Federal de Casación Penal definió parámetros de actuación con relación a la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia COVID-19; en ese orden de ideas, mediante la acordada 9/20, se recomendó a los tribunales de la jurisdicción adoptar medidas alternativas al encierro de personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión y de las que están en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas tran-

sitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos.

**122.528** — CFCasación Penal, sala IV, 14/04/2020. – S., S. D. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/9306/2020]

Buenos Aires, abril 14 de 2020.

Considerando:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba, con fecha 2 de abril de 2020, resolvió: “Denegar la excarcelación articulada por el señor Defensor Oficial en representación del imputado S. D. S. (art. 317 inc. 5 del CPPN, y art. 13 CP., y 319 CPPN)”.

II. Que, contra dicha decisión, el defensor público oficial subrogante, Dr. Rodrigo Altamira, interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el *a quo*.

La defensa sostuvo, entre otras cuestiones, que el tribunal no ponderó la Recomendación de la CIDH relativa a la situación de emergencia suscitada por la pandemia del Covid 19. Adicionalmente solicitó la habilitación de feria.

III. Que de las constancias traídas a conocimiento de esta instancia, surgen elementos suficientes que justifican estar a la habilitación de la feria extraordinaria dispuesta por el *a quo* como consecuencia de la emergencia pública sanitaria (Decretos 260/20, 297/20, 325/20 y 355/20 PEN, Acordadas 4/20, 6/20, 8/20 y 10/20 de la CSJN y Acordadas 3/20, 4/20, 5/20, 6/20 y 8/20 de esta CFCP).

IV. Las particulares circunstancias del caso (conf. sistema Lex100) apuntan a la siguiente situación procesal de S. D. S.: fue condenado el 18/10/2019 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de Córdoba a la pena de 3 años de prisión de cumplimiento efectivo (arts. 277 inc. 1 apartado c, 189 bis inc. 2, segundo párrafo, 45 y 55 del CP). La condena no está firme porque se encuentra pendiente de resolución un recurso de casación de un coimputado. S. (de 23 años de edad) se halla detenido en esta causa de forma ininterrumpida desde el 26/10/2017; y cumpliría la pena el 26/10/2020. La defensa había solicitado la libertad condicional el 25/10/2019 (según lo previsto en el art. 317 inc. 5 CPPN), petición que fue denegada por el *a quo* el 22/11/2019. Esta Sala rechazó el recurso de casación de la defensa deducido contra aquel pronunciamiento el 04/03/2020 (reg. N° 213/20).

En virtud de la teoría de los recursos, es ineludible el principio que ordena que éstos sean resueltos de conformidad con las circunstancias existentes al momento de su tratamiento, aunque sean posteriores a su interposición (confrontar su aplicación en los Fallos: de Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, 285:353; 310:819; 315:584, entre muchos otros).

Así las cosas, corresponde señalar que, posteriormente al dictado de la resolución traída a examen en esta instancia, esta Cámara Federal de Casación Penal definió parámetros de actuación en relación a la situación planteada por la sobrepoblación carcelaria y la pandemia Covid 19. En ese orden de ideas, mediante la Acordada 9/20 (13/04/2020), se recomendó a los tribunales de la jurisdicción adoptar medidas alternativas al encierro respecto de “...c) Personas condenadas a penas de hasta 3 años de prisión; d) Personas en condiciones legales de acceder en forma inminente al régimen de libertad asistida, salidas transitorias o libertad condicional, siempre que cumplan con los demás requisitos...”. Dicha circunstancia no ha podido ser considerada por el *a quo* al momento de resolver.

En estas condiciones, y por cuestiones de economía procesal y celeridad, en miras de evitar un excesivo rigor formal contrario a la situación de excepción que se presenta en estos momentos de extrema emergencia sanitaria, y también para garantizar un adecuado servicio de justicia, en especial a las personas que se encuentran privadas de libertad, es que corresponde que se devuelvan las actuaciones a la instancia anterior, a fin de que se dicte una nueva resolución con las consideraciones aquí señaladas, sin que ello implique un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión recurrida por parte de esta instancia.

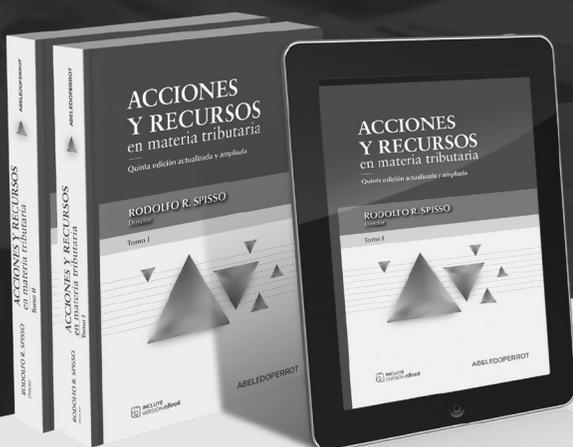
Por ello, con el voto concurrente de los suscriptos (art. 30 bis, último párrafo del CPPN), el Tribunal resuelve: Devolver la presente causa al tribunal *a quo* a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a las actuales circunstancias, con la celeridad que el caso requiere. Regístrese, notifíquese, comuníquese al Centro de Información Judicial - CIJ (Acordada 5/2019 de la CSJN), remítase al tribunal de origen mediante pase digital, sirviendo la presente de atenta nota de envío. — *Mariano H. Borinsky*. — *Javier Carbajo*.

ABELEDOPERROT

LANZAMIENTO

## ACCIONES Y RECURSOS EN MATERIA TRIBUTARIA

5.ª edición actualizada y ampliada



Rodolfo R. Spisso  
(Director)



2 tomos + eBook

Las regulaciones en materia de procedimiento tributario muchas veces reniegan del principio de la igualdad de las partes de la relación tributaria material y procesal.

Las ejecuciones fiscales, la regla del *solve et repete*, la clausura preventiva, la obligatoriedad del domicilio electrónico, entre otras cuestiones, son claros ejemplos de lo mencionado precedentemente. Además, en el tomo II de la obra, al analizar la doctrina de la Corte Suprema de la Nación y tribunales inferiores, se han seleccionado determinadas sentencias cuyas proyecciones tienen gran trascendencia en materia tributaria. La obra se enriquece con la inestimable colaboración de reconocidos autores, con actuación en el ámbito provincial, que nos trazan un panorama de la doctrina tributaria de los tribunales locales.

Adquirí la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra nueva página de **LinkedIn** con **contenido específico** para contadores.

 ThomsonReutersLaLey  
 @TRLaLey  
 ThomsonReutersLatam