

Juzgado Civil y Comercial Nº 7

G.M.D.V. Y OTROS C/ ESTADO PROVINCIAL S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS (Nº 17594)

Paraná, 22 de setiembre de 2017.

VISTOS:

Estos autos "G.M.d.V. y otros c/ESTADO PROVINCIAL S/ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS" (Nº 17594), puestos a despacho para dictar sentencia, y de los cuales

RESULTA QUE:

1) Por intermedio de abogados apoderados, los señores G.M.d.V. (en adelante MG) y R.G.S. (en adelante RS) -por sí y en nombre y representación de sus hijos menores M.A. y S.B.S.(en adelante MAS y SBS) dedujeron demanda por indemnización de daños contra la PROVINCIA DE ENTRE RIOS (fojas 160/7). Pidieron que se la condenase a pagarles la suma de Pesos Novecientos Cincuenta Mil (\$ 950.000) o lo que, en más o en menos, se justiprecie por los daños reclamados.

Dieron la siguiente versión de los hechos: MG fue víctima de una violación reiterada y sistemática de sus derechos humanos, sexuales y reproductivos. La no interrupción de un embarazo, indicado por un Ateneo Multidisciplinario, le provocó un A.C.V. (accidente cerebro vascular), cuyas lesiones y secuelas permanentes causaron daños irreversibles cuya indemnización pretenden.

MG padece una patología cardíaca congénita denominada Tetralogía de Fallot, que le ocasiona un cuadro de hipoxia crónica entre otras complicaciones. Esta patología puede tratarse con cirugía, sin embargo, a pesar de que le fuera detectada ya en 1997, por el sistema público de salud provincial, jamás fue operada. Tuvo cinco abortos espontáneos, en 1997, 1999, 2001, 2002 y 2005, este último cuando cursaba el sexto mes de embarazo. Al mes del último aborto espontáneo, en el hospital San Roque se autorizó una ligadura de trompas atento al peligro para su salud y su vida que implica el embarazo. Consta en la H.C. que se internó para realizar la ligadura de trompas, sin embargo la operación no se realizó porque el quirófano no estaba en condiciones.

MG y RS tienen un hijo de 15 años, MAS, que nació el 15/6/98, a las 27 semanas, con un peso de 1400 gramos. Padece retraso madurativo como consecuencia directa de la patología que afecta a la madre.

El día 15/6/2011 MG concurre al Hospital San Roque, presentando un embarazo de diez semanas. La interrupción del embarazo se imponía inmediatamente. Se prescriben estudios cardiológicos que, por dilación imputable al servicio de salud, se realizan recién a fines del mes de julio.

El 4/8/2011 se reúne el Ateneo Multidisciplinario del Hospital San Roque, integrado por los Dres. Miguel Coniglio (Jefe del Servicio de Obstetricia), Marina Freijes (Médica, Ginecología y Obstetricia), Mariano Leanza (Médico Tocoginecólogo), Fernando Olmedo (Médico Cardiólogo), Roberto Ruiz (Jefe de Cirugía Cardiovascular) y Anselmo Gelmi (Médico especialista en Ginecología y Obstetricia) el cual concluye: "en aras de proteger la vida de la paciente, expuestas y probadas que fueron las especiales y graves características de su salud, resulta apropiado en estas condiciones aconsejar la interrupción del embarazo de la paciente"

El mismo día del Ateneo se le explica a MG y a su marido en forma amplia y pormenorizada sobre las expectativas del embarazo y los riesgos que implica para su salud personal llevarlo adelante. MG expresa su consentimiento por escrito para la interrupción del embarazo. Firma, aclara y deja su DNI, de propio puño y letra. La intervención, cesárea, es programada para la semana siguiente en el hospital San Martín.

El 10/8/2011 MG se interna para la realización de estudios prequirúrgicos. Al día siguiente tiene turno a las 7.30 hs. En quirófano. Este mismo día MG firma el consentimiento para que le ligan las trompas, evitando definitivamente un embarazo de riesgo (Cfr. Fs. 14/16 de la H.C. del Hospital San Martín). A las 7 de la mañana del 11 de agosto, María (sic), acompañada por su hermana, es preparada en la habitación para ingresar en minutos más al quirófano. Allí irrumpe clandestinamente un profesional con prestación de servicios en el hospital, el Dr. Cesar PAZO, cardiólogo, quien le dice a MG que lo que le iban a hacer es un crimen, y que por ello él, personalmente iba a gestionar la interrupción de la cirugía prevista para abortar el embarazo. PAZO no era médico de M, en ningún momento del procedimiento éste la atendió, ni tuvo ninguna intervención. Sin embargo, logra que no se lleve a cabo la cirugía prevista, obteniendo un dictamen de junta médica cardiológica que dispone: 1.- suspender la cesárea por no haber signos de insuficiencia cardíaca descompensada. 2.- buscar otra institución de salud para el seguimiento de su embarazo. 3.- derivar a la paciente a un Hospital de Buenos Aires que cuente con servicios de alta complejidad.

Argumentaron que lo dictaminado por la junta médica cardiológica resulta irrelevante para los antecedentes de la paciente, tampoco invalida el dictamen del Ateneo Multidisciplinario anterior. Menos puede tener entidad como para suspender una intervención programada. Que la irrupción clandestina de Cesar PAZO, quien a la postre se hizo pasar por un "Juez", viola el principio de confidencialidad de la paciente, previsto en el inc. d) art. 2º de la Ley 26529, por cuanto alguien, desconociendo tal derecho, le advirtió al médico mencionado para que se apersonara, actuando como lo hizo, sin tener ninguna injerencia o competencia en el tratamiento e intervenciones médicas prescriptas a MG.

El mismo 11 de agosto una médica residente la Dra. Romanela MONTENEGRO Mat. 10.101 decide suspender la cesárea, "luego de ser evaluada en junta médica cardiológica, por no haber signos clínicos de insuficiencia cardíaca descompensada". Ésta profesional no es competente para poder disponer la interrupción de la cesárea indicada para esa fecha. Su firma en la historia clínica demuestra absoluta impericia e imprudencia, desconociendo dolosamente los deberes que le imponen la lex artis, tornándola responsable de los daños cuya indemnización se pretende en el presente juicio. Allí mismo, la Dra. Romanela MONTENEGRO

decide la derivación de MG al Hospital San Roque, que se realiza ese mismo día, para una posterior derivación al hospital Posadas de la Provincia de Buenos Aires. PAZO y MONTENEGRO se impusieron a todo el sistema de salud organizado en el Hospital San Martín, logrando ilícitamente la suspensión de la cesárea y la derivación de la paciente a una entidad lejana.

Esta interrupción del aborto programado no fue consentida por MG. Sin embargo, el Ministerio de Salud de la Provincia, para disimular su evidente responsabilidad, emitió un comunicado el 26 de agosto. Allí sostuvo que la paciente MG había desistido voluntariamente de la cesárea, para continuar con su embarazo. Para disimular la omisión inexcusable el Estado utilizó la propaganda oficial y privada, emitiendo como mensaje que la propia MG había desistido voluntariamente del aborto.

El 14 de agosto MG es internada en el Hospital Posadas de la Provincia de Buenos Aires, absolutamente sola, su marido la puede visitar una vez por semana en el horario de visitas, de 16 a 17 hs. El resto de la familia no es autorizada a visitarla. En este contexto, de casi abandono, la paciente dio a luz el 25 de noviembre a su hija SBS. El parto se produce mediante cesárea. Ocho días después, el 3/12/2011, estando aún internada en el hospital Posadas MG sufre un accidente cerebro vascular isquémico talámico derecho. La causa -sostuvieron- se debió exclusivamente a su patología no corregida, Tetralogía de Fallot y a la decisión de continuar con el embarazo dispuesta arbitrariamente e ilícitamente por los profesionales del Hospital San Martín, que desoyeron el consejo del Ateneo Multidisciplinario.

Como consecuencia del ACV MG es derivada a terapia intensiva. Su situación es triste y lamentable. Prácticamente queda en estado vegetativo, sufre una neumonía intrahospitalaria. Durante diez días es tratada en la unidad de terapia intensiva. Luego de una evolución lenta, el 14 de diciembre ingresa a clínica médica, siempre en el Hospital Posadas. Intercurre con registros febriles, sin descompensación, leucocitosis, insuficiencia renal, sepsis a foco desconocido, por lo que se inicia tratamiento con vancomicina. La evolución es favorable, existe mejoría en la falla renal. Recién aquí comienza la alimentación por vía oral. Hasta ese momento solo recibía alimentación enteral. El tratamiento de la sepsis continúa por 21 días, ello atento a que la paciente presenta registros febriles, antecedentes de su patología congénita y ecografía abdominal que reporta a nivel del baso imagen compatible con colección. Presenta endocarditis bacteriana por lo que continúa con tratamiento con vancomicina-meropenem. Esto obliga a que su tratamiento lo sea en sector de aislamiento. Los datos aquí reseñados, de su internación y tratamiento en el Hospital Posadas, surgen de una breve reseña autorizada por la Dra. Mercedes Vázquez (Medica Clínica y Residente en Hematología), ya que a pesar de reiterados requerimientos, la institución médica desconoció el derecho de propiedad de la H.C. en cabeza del paciente, que surge sin hesitación del artículo 14 de la ley 26529. Igual conducta asumió con la Fiscalía de Estado, organismo en el que se sustanció una información sumaria y sumario administrativo. Su situación continúa siendo lamentable, recibe un trato deshumanizado, se encuentra sola, sin el acompañamiento de su familia, que por cuestiones de distancia y obligaciones de atención a su otro hijo, RS, su marido, viaja esporádicamente desde María Grande al Hospital de la Provincia de Buenos Aires. Luego, y por evolución favorable es tratada con anticoagulantes, debido al alto

riesgo de recurrencia de embolias paradójales. En el Hospital Posadas, y previo a su alta a mediados de enero de 2012, se realiza una interconsulta con el servicio de fisioterapia para adecuar indicaciones para kinesioterapia. Su alta se produce en silla de ruedas, con secuelas permanentes causadas por el ACV, consecuencias directas de la no realización de la interrupción del embarazo, como lo había indicado el Ateneo Multidisciplinario del Hospital San Roque de Paraná, llevado a cabo el 4 de agosto de 2011.

Como consecuencia del accidente en el lado derecho del cerebro, MG sufre parálisis en el lado izquierdo de su cuerpo. Tiene además dificultades en el razonamiento. Las secuelas son permanentes y para mejorar su calidad de vida realiza dos sesiones de kinesioterapia semanales. Las lleva a cabo en "Génesis Centro Integral" de María Grande, bajo la supervisión y desarrollo de la Kinesióloga Flavia Mayor. Amén de ello MG asiste una vez por mes para control de los niveles de oxígeno en sangre, que los realiza el hematólogo, como consecuencia de su patología congénita. Las secuelas graves e irreversibles, le impiden mantener una vida de relación normal, especialmente para la dedicación y atención especial que exige su hijo MAS, por su discapacidad.

En el caso examinado se plantea claramente la pérdida de chance, la disminución de posibilidades de sobrevivir o sanar que obligaron a MG a tramitar una pensión asistencial no contributiva en el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Reiteró que la interrupción de la cesárea y la consecuente no realización del aborto es la causa directa y excluyente del Accidente Cerebro Vascular que MG sufrió el día 3 de diciembre del año mencionado y que le dejara secuelas permanentes relacionadas a la falta de movilidad de la mitad de su cuerpo y problemas de razonamiento.

Reclamaron que se le indemnice el daño moral por los padecimientos sufridos por los actores, que cuantificó en la suma de PESOS CUATROCIENTOS MIL (\$ 500.000) -sic-.

También adujeron que las secuelas del ACV le generaron a MG una incapacidad laboral, que la obligó a solicitar se le conceda una pensión no contributiva ante el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Pensiones No contributivas. Esta incapacidad le genera un daño en concepto de lucro cesante que debe ser igualmente indemnizado y que cuantificó en la suma de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$ 250.000).

Afirmaron que para mejorar su calidad de vida realiza dos sesiones de kinesioterapia semanales con un costo mensual de \$600 en concepto de órdenes y coseguros. Amén de ello MG asiste una vez por mes para control de los niveles de oxígenos en sangre y que el costo de esta intervención es de \$500 mensual. Estimó el rubro en la suma de PESOS DOSCIENTOS MIL (\$200.000).

Acompañaron documental, ofrecieron el resto de la prueba, fundaron en Derecho y peticionaron.

2) El señor Fiscal de Estado de la Provincia de Entre Ríos contestó la demanda y pidió su rechazo (fojas 180/194).

Interpuso excepción de falta de legitimación activa respecto del actor RS, quien carece de ella por no haber sido protagonista de los hechos referenciados y quien habría sufrido los daños sería la señora MG y ni siquiera se lo nombra en todo el memorial.

Luego de negar los hechos afirmados, dio la siguiente versión de ellos: la señora MG padece de tetralogía de Fallot y nunca procuró tratamiento alguno para corregir o paliar sus consecuencias. Ya desde 1993 los médicos de María Grande intentaban infructuosamente que buscara ayuda para su dolencia en establecimientos especializados, mas, adoptando una actitud totalmente desidiosa, la actora optó por hacer una vida normal, como si nada ocurriese, embarazándose en reiteradas oportunidades y demandar al Estado por haber procurado, con éxito, todos los medios para que ella superase su último embarazo y de él naciera una bebé sana.

En 1997, la actora ingresó la Hospital San Roque a causa de un aborto incompleto, debiendo realizarle un legrado. En 1998 nació su hijo MAS. En 1999, la actora ingresó con un aborto incompleto, debiendo realizarle un legrado y produciéndose la misma situación en 2001, 2001 y 2005.

En julio de 2003, la paciente solicitó que le ligaran las trompas. La médica tratante solicitó un interconsulta cardiológica. El Dr. FLORENZA recomendó la corrección quirúrgica de la tetralogía de Fallot, como paso previo a la ligadura. Manteniendo la actitud desidiosa, la corrección de la cardiopatía nunca fue intentada.

Volviendo a 2005, en el transcurso de su internación por legrado, la paciente solicitó la realización de una lisis tubárica que no se realizó, ya que no había quirófano disponible. La paciente no pidió reprogramación, demostrando un interés similar al que tenía por la corrección de la cardiopatía.

El 4/8/2011, el Ateneo Multidisciplinario del Hospital San Roque aconsejó la interrupción del embarazo, en aras de proteger la vida de la paciente, para lo cual fue trasladada el 8/8/2011 al Hospital San Martín. Una vez allí, ya que se trataba de una paciente con alto riesgo quirúrgico, hubo desacuerdos y distintos criterios y opiniones entre los médicos de los distintos nosocomios. Así, un médico de Cardiología del San Martín solicitó una reevaluación por el Comité de Servicio. El servicio de Ginecología realizó una interconsulta al de Cardiología concluyéndose en que no hay signos clínicos de insuficiencia cardíaca descompensada. Esta circunstancia fue comunicada a la señora MG, se le explicó que podía llegar a término con su embarazo si era derivada a una institución de alta complejidad por lo que ella, persistiendo con sus deseos de ser madre, consintió la suspensión de la cesárea y consecuente traslado a un centro de mayor complejidad: el Hospital Posadas de Buenos Aires.

El 11/8/2011, la paciente fue derivada al Hospital San Roque para luego ser trasladada al Hospital Posadas. El 24/10/2011 un médico de ese hospital informó que luego de la evaluación clínica y cardiológica, se decidió en conjunto, teniendo en cuenta la decisión de la paciente y la edad gestacional avanzada, proseguir con la gestación. El 25/11/2011, la actora dio a luz, por cesárea, a una bebé sana.

Durante el puerperio inmediato, la paciente evolucionó normalmente. Sin embargo, el 2/12/2011 (7 días después), fue víctima de un ACV isquémico, en la región del tálamo derecha, con plejía branquial izquierda y paresía crural izquierda.

Insistió en que fue la señora MG quien decidió no curarse de la Tetralogía de Fallot y ser madre en reiteradas oportunidades. Argumentó que no puede responsabilizarse al Estado por las consecuencias de los propios actos de la actora. También destacó que existiendo infinidad y hartos conocidos métodos anticonceptivos, la circunstancia de que haya tenido siete embarazos, nos conduce a sostener que su objetivo era llegar a término. Agregó que el aborto es un delito y que en el caso existían dudas sobre la calificación de terapéutico del aborto en cuestión.

Resaltó que el ACV fue producto exclusivo de la enfermedad congénita no tratada (la cardiopatía) y que esa complicación también podría haberse presentado en el post quirúrgico, de haber interrumpido el embarazo a las 20 semanas o en cualquier momento de su vida. El Código Civil argentino, aplicable analógicamente al ámbito de la responsabilidad estatal, ha receptado la teoría de la causalidad adecuada.

Cuestionó los rubros reclamados y, en especial, resaltó que los gastos del Instituto de Hematología son una consecuencia de su patología congénita.

Acompañó documental, ofreció el resto de la prueba, denunció pluspetición inexcusable en la actora, hizo reserva del caso federal y petitionó.

3) Corrido traslado de la excepción de falta de legitimación, los representantes del señor RS dijeron que él resulta también acreedor por derecho propio y en su calidad de representante necesario de los hijos menores. En relación con los daños materiales, es él quien sostiene a la familia y afronta los gastos descriptos.

4) En la audiencia preliminar celebrada el día 26/6/2014, establecí los hechos controvertidos y no controvertidos y ordené la producción de la prueba ofrecida (fojas 211/2).

5) La ASOCIACIÓN CIVIL PRO-AMNISTÍA (AMNISTÍA INTERNACIONAL-ARGENTINA), el CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), el EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO (ELA) y la ASOCIACIÓN CIVIL POR EL DERECHO A DECIDIR, por intermedio de abogados apoderados y con patrocinio legal, se presentaron en autos como amicus curiae (fojas 481/505).

Expresaron que acercaban consideraciones jurídicas de relevancia para la resolución de la causa. Resaltaron los principios internacionales que rigen la materia de la interrupción legal del embarazo.

Brindaron su interpretación del artículo 86 del Código Penal de la Nación.

Reseñaron el fallo F. A. L. s/ medida autosatisfactiva, del 13/3/2012, en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ratificó la procedencia del aborto legal en casos en que se encuentre en riesgo la vida o la salud de la mujer y exhortó al Estado Nacional y a los provinciales a

que regulen el efectivo acceso a los abortos no punibles y a los poderes judiciales a que no obstruyan el acceso. Si se mantienen las barreras, se incurriría en responsabilidad internacional por violación del derecho de las mujeres a la vida, la salud, la igualdad y no discriminación.

En el caso concreto, a la señora MG le fue negado, de manera arbitraria e ilegítima, su derecho a acceder a un aborto legal, lo que derivó en un accidente cerebro vascular isquémico talámico derecho, a los 8 días de haber sido obligada a dar a luz.

Se explayaron sobre la obligatoriedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nivel nacional y local.

Explicaron el derecho a la vida, su interpretación en el DIDH, del cual surge que todas aquellas leyes o prácticas que restringen el derecho al aborto, colisionan con el derecho a la vida de las mujeres y relató un informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW, por sus siglas en inglés) del cual surge la inquietud por la relación entre las leyes que penalizan el aborto, los abortos clandestinos y el peligro para la vida de las mujeres.

También relataron el caso Artavia Murillo y otros c. Costa Rica de la Corte IDH, del cual se desprende que la protección general del derecho a la vida desde el momento de la concepción no proscribire, en modo alguno, la despenalización del aborto en ciertos supuestos como los contemplados en el artículo 86 del CP.

Argumentaron que haber impedido el aborto programado implicó una violación del derecho a la salud, a no ser discriminada como mujer, a su privacidad, a una vida libre de violencia y a no ser sometida a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Concluyeron que en el momento en que MG solicitó acceder al aborto legal, el Código Penal - vigente desde 1921- garantizaba, sin lugar a dudas, el derecho de la mujer a acceder a la práctica del aborto en caso de riesgo a la salud y a la vida. MG debió haber accedido a su derecho sin ningún obstáculo. Sin embargo, el Estado, comprometiendo su responsabilidad internacional, violó su derecho.

En el ámbito de la atención integral de la violencia y el acceso a la interrupción legal del embarazo, los Estados deben actuar con la debida diligencia y respeto y garantía de los derechos de las mujeres. Contrariamente, en el presente caso, en total ausencia de atención estatal que ocasionó una múltiple violación de derechos, MG hoy padece secuelas irreversibles que afectan su salud y su calidad de vida.

El Estado, en lugar de garantizar el acceso de MG a una práctica permitida por ley, la revictimizó, la expuso a situaciones de maltrato y violencia institucional, la obligó a llevar a término un embarazo contra su voluntad expresa y le exigió arriesgar su salud y su vida, todo lo cual le provocó enormes daños morales y físicos que también afectaron a su marido y a su hijo.

Cuanto menos, todas estas consecuencias dañosas deben ser reparadas por el Estado y esta reparación debe ser ejemplar, a fin de desincentivar prácticas violatorias de los derechos

humanos, como la ocurrida en el presente caso. Una decisión en contrario, constituiría una nueva violación a sus derechos humanos que haría incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional.

6) Por resolución de fecha 18/11/2016, clausuré el período de pruebas y ordené la entrega del expediente a cada una de las partes para que alegasen (fojas 512). Ejercieron su derecho la demandada (fojas 515/9) y la actora (fojas 520/4).

7) Corrida la vista, la señora Defensora Pública, dictaminó en favor de hacer lugar a la demanda (fojas 526/7).

Los autos quedaron en estado de dictar sentencia e ingresaron a despacho conforme constancia actuarial que luce a fs. 528 vuelta vta. y,

CONSIDERANDO QUE:

1) ACLARACIÓN PRELIMINAR. LEY INTERNA APLICABLE

El presente caso se rige por el Código Civil (ley 346 y sus modificatorias). Los daños derivados del incumplimiento contractual se juzgan por la ley vigente al momento en que el incumplimiento se produce, que en este caso, habría ocurrido en 2011. El incumplimiento es un hecho modificatorio de la relación contractual y no una consecuencia o efecto. De allí que no se le aplique la nueva ley (CC y CN, artículo 7).

2) ÁMBITO DE RESPONSABILIDAD. CONSIDERACIONES GENERALES PREVIAS.

En primer término, corresponde establecer el ámbito en que la cuestión debe ser encuadrada.

La relación médico paciente es -por regla general- de índole contractual. Por ello, en principio, la responsabilidad del profesional es subjetiva, basada en la culpa, la carga de cuya prueba incumbe a quien la invoca.

En cuanto a los caracteres de la culpa, la jurisprudencia local ha tenido oportunidad de sostener que la del profesional se regula por los principios generales; principalmente, por las disposiciones de los artículos 512 y 902 del Código Civil y que, cabe atender, en especial, a la previsibilidad de las consecuencias perjudiciales como base y, además, tener en consideración, el mayor deber de obrar con prudencia exigible a quien más conocimiento de las cosas posee y, por tanto, mayor capacidad de previsión le debe ser requerida, según las reglas de los arts. 902 y 909 C.C. (CÁMARA SEGUNDA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE PARANÁ, SALA II, 2/4/2004, "VAZQUEZ SILVIA ROSANA C/ SUPERIOR GOBIERNO DE E.RIOS Y OTRA S/ Ordinario").

En suma, la determinación de la culpa habrá de lograrse mediante la comparación entre la conducta obrada y la que era esperable en profesionales diligentes, prudentes, que puede ser considerada como modelo de una conducta normal ubicada en similares circunstancias externas de persona, de tiempo y de lugar... supone una confrontación entre el actuar real y el actuar debido por el sujeto en una emergencia dada (arg. artículos 902/909 C.Civil, cfr. Voto Dr. Zannoni, CN Civ., Sala F,13/3/03, in re "V. de R. M. c/ S. C. y otros" y sus citas, publicado en L.L. 30/6/2003, p.3).

La actuación culposa del médico compromete la responsabilidad del ente asistencial, pero la responsabilidad del hospital público (como deudor del deber de garantía) no puede ser otra más que contractual, puesto que su responsabilidad no es de naturaleza pública, sino privada. La responsabilidad contractual incluye no sólo los supuestos de violaciones de contratos, sino también a todas las hipótesis de deberes reparatorios derivados de la infracción a una obligación preexistente. Dentro de sus límites queda incluida la responsabilidad del hospital público cuando el reclamo contra él deriva del incumplimiento del deber de seguridad y protección que debe prestar por el daño que se ha cometido al paciente, en razón del actuar culposo del médico que presta servicios en el nosocomio estatal (CALVO COSTA, Carlos A., Daños ocasionados por la prestación médico asistencial, 2ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2014, págs. 97-99).

### 3) HECHOS NO CONTROVERTIDOS

No está controvertido que la señora MG padece una patología cardíaca congénita denominada tetralogía de Fallot y que tuvo cinco abortos espontáneos en 1997; 1999; 2001; 2002 y 2005.

La señora MG y el coactor RS tienen un hijo llamado MAS, quien nació en 1998, es discapacitado y asiste a la escuela especial N° 17, Ana Cumar de Rico, de la ciudad de María Grande, Provincia de Entre Ríos.

En 2011, la actora quedó nuevamente embarazada. El día 4/8/2011, los integrantes del Ateneo Multidisciplinario del Hospital San Roque de la ciudad de Paraná, aconsejaron la interrupción del embarazo de la señora MG, en forma unánime, en aras de proteger la vida de la paciente. El mismo día, la paciente firmó un consentimiento informado para la realización de la práctica que se programó para el día 11/8/2011, en el Hospital San Martín de Paraná. No obstante esa programación y que la paciente ya estaba internada allí, la cirugía no se llevó a cabo y fue nuevamente derivada al Hospital San Roque.

Desde la última institución fue, a su vez, derivada al Hospital Posadas ubicado en la localidad de El Palomar, en el Gran Buenos Aires, adonde quedó internada a partir del día 14/8/2011. El día 25/11/2011, dio a luz a una niña sana, su hija SBS.

El día 02/12/2011, estando aún internada en el Hospital Posadas, MG sufrió un accidente cerebrovascular isquémico, en la región del tálamo derecha, con plejía branquial izquierda y paresia crural izquierda.

#### 4) HECHOS CONTROVERTIDOS

Sí está controvertido que la señora MG haya tenido un accionar negligente en el cuidado de su patología cardíaca (Tetralogía de Fallot), que la interrupción del aborto programado haya sido consentida por la señora MG; que haya sido víctima de violencia y trato deshumanizado; que el ACV sufrido haya tenido por causa a la no interrupción del embarazo y la producción de los daños invocados, su cuantía y relación de causalidad con la actuación de los médicos de la demandada.

#### 5) LA CONDUCTA DE AMBAS PARTES, ANTERIORES A 2011

La señora MG demostró haber estado, en 2003, en lista de espera para la corrección quirúrgica de su patología congénita, Tetralogía de Fallot (ver Historia Clínica del Hospital Francisco Castaldo de la ciudad María Grande, fojas 62, que en copias certificadas se encuentra reservada en Caja Fuerte).

También demostró que en 2005, después de su quinto aborto espontáneo, solicitó que se le ligasen las trompas; se internó para ello, pero la cirugía se suspendió por no contar el nosocomio con el quirófano en condiciones para su realización (ver el informe que la Jefa del Servicio de Obstetricia del Hospital San Roque, Dra. Liliana Rosembrok, efectuado a pedido de la Fiscalía de Estado y que está reservado en Caja Fuerte. También la Historia Clínica original del Hospital San Roque que está reservada en Caja Fuerte en su folio 100).

Pues bien, si la paciente estuvo en lista de espera para corregir su Tetralogía de Fallot, era el nosocomio quien debió haber programado la cirugía correctiva y comunicado la fecha a la paciente. La pretensión de ser curada ya era conocida por el Estado Provincial.

En cuanto a la ligadura de trompas, la claridad de su pretensión fue más evidente aún. Atento a que la cirugía se suspendió porque el quirófano no estaba en condiciones, el deber general de buena fe (CC, artículo 1198 y hoy CCyCN, artículo 9), le imponía al Hospital San Roque fijar una nueva fecha y comunicársela a la hoy actora, en el mismo momento de la suspensión. Así es porque era la parte incumplidora. Argumentar que era la paciente quien debía reprogramar la lisis suspendida (fojas 183 vuelta) es una inadmisibles invocación de su propia torpeza.

La Ley Nacional Nº 26485, su decreto reglamentario Nº 1011/2010 y la Ley Nacional Nº 26130 -a tenor de las cuales la actora descalificó la conducta médica aquí tratada- no estaban vigentes al momento de aquellos hechos. Pero no por ello, la conducta de la demandada deja de ser reprobable y antijurídica, en la medida en que, sin justificación alguna, impidió a la actora corregir su patología y así ejercer su derecho humano fundamental al disfrute del más alto nivel posible de salud (Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 12.1)).

El ESTADO PROVINCIAL también le negó a la actora su derecho humano fundamental como mujer de decidir no tener más embarazos por un medio anticonceptivo lícito (la ligadura de trompas).

En este punto me parece importante destacar que por su patología de base MG, no podía usar cualquier método anticonceptivo (peritaje médico, fojas 414, punto 4).

#### 6) LA INTERRUPCIÓN PROGRAMADA DEL EMBARAZO

El aborto programado para el día 11/8/2011 encuadraba en el supuesto permitido por el artículo 86, inciso 1º del Código Penal Argentino porque estaba en peligro la salud y también la vida de la señora MG. Así lo había dictaminado el Ateneo Médico del Hospital San Roque y lo haría posteriormente en autos la perita cardióloga (fojas 415, penúltimo párrafo).

Si bien el ESTADO PROVINCIAL defendió la interrupción de la cirugía (ver fojas 184 y vuelta), su argumento apuntó a excluir la culpa de la conducta de los médicos del Hospital San Martín y no a cuestionar la legitimidad de la práctica.

Entonces, no está en discusión que MG tenía derecho a practicar el aborto legal y seguro programado para el día 11/8/2011.

#### 7) LA INTERNACIÓN EN EL HOSPITAL SAN MARTÍN PARA LA INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO

La señora MG fue derivada del Hospital San Roque al Hospital San Martín el día 8/8/2011 (ver fojas 8 y 417 de autos y 19 de la copia de la HC que obra en el Informe del último nosocomio que está reservado en Caja Fuerte). El aborto no podía llevarse a cabo en el Hospital San Roque, debido a la necesidad de contar con una institución de alta complejidad (Informe de la Dra. Rosembrock del Hospital San Roque, reservado en Caja Fuerte).

El día 9/8/2011 fue evaluada por la Dra. Romanela MONTENEGRO (fojas 22 de la HC del Hospital San Martín) quien cumplía funciones como Residente del Servicio de Ginecología (fojas 403 del Sumario Administrativo, Expte. Nº M-534/3 DSFE que está reservado en Caja Fuerte). Esa profesional solicitó una interconsulta con "Cardiología" (fojas 22 de la HC del Hospital San Martín).

El día 10/8/2011 fue atendida por la Dra. María Gimena FERNÁNDEZ (fojas 21 HC del Hospital San Martín) quien también cumplía funciones como Residente del Servicio de Ginecología (fojas 403 del Sumario Administrativo, Expte. Nº M-534/3 DSFE que está reservado en Caja Fuerte). Esa profesional también solicitó una interconsulta con "Cardiología" (fojas 21 del HC del Hospital San Martín). El mismo día, fue vuelta a controlar por la Dra. MONTENEGRO y también por la Dra. Lucía LÓPEZ (fojas 24 del HC del Hospital San Martín) quien cumplía funciones como Residente del Servicio de Medicina General (fojas 403 del Sumario Administrativo mencionado precedentemente).

También el día 10/8/2011, la Dra. Gisela María Belén MONTERO, asistente suplente del Servicio de Cardiología (fojas 403 del Sumario Administrativo), le realizó estudios cardiológicos (fojas 22 y 23 de la HC del Hospital San Martín). Cabe suponer que la intervención de la Dra. MONTERO fue consecuencia de las interconsultas solicitadas por las residentes del Servicio de Ginecología FERNÁNDEZ y MONTENEGRO. Los estudios cardiológicos determinaron que la paciente se encontraba clínicamente con Disnea en CF II/III, es decir disnea a mínimos esfuerzos (ver fojas 11 vuelta y 415 de autos y 22 de la copia de la HC que obra en el Informe del Hospital).

#### 8) LA INTERVENCIÓN DEL MÉDICO PAZO

Pues bien, a continuación en la HC, obra un asiento, sin fecha, efectuado por el Dr. César A. PAZO (fojas 23 del Informe del Hospital, fojas 12 de autos) quien era Asistente efectivo por concurso del Servicio de Cardiología del Hospital San Martín (fojas 403 del Sumario).

La parte actora no probó en forma directa que PAZO hubiese irrumpido en la habitación en la cual MG se encontraba ya preparada para ir al quirófano. Tampoco que haya dicho que lo que iba a hacer era un crimen y que, por ello, él personalmente iba a gestionar la interrupción de la cirugía (afirmación de fojas 161). Pero, atento a que la parte demandada no explicó, ni mucho menos probó por qué supuesto motivo intervino ese profesional cuando ya lo había hecho otra cardióloga (la Dra. MONTERO), sí puedo razonablemente presumir que lo hizo por motivos ideológicos y no estrictamente médicos.

Es importante recordar que el aborto era legítimo porque se justificaba para proteger la salud y la vida de la mujer embarazada (ver más arriba, considerando N° 6). Así, es claro que PAZO interfirió indebidamente en una decisión legítima que la paciente ya había tomado para proteger su salud y su vida, violando su derecho humano a gozar del más alto nivel posible de salud (ver considerando 5). Y para ello expresó: "se desconocen indicaciones de interrupción del embarazo" arrogándose una decisión que, en ese estadio, sólo le correspondía a la paciente y en las condiciones que examinaré más adelante.

#### 9) LA INTERRUPCIÓN DE LA CIRUGÍA Y LA NUEVA DERIVACIÓN

Luego de ello, el día 11/8/2011, los médicos Tala COSTA y Susana SPIEGEL, ambos también del Servicio de Cardiología, emitieron su opinión de que no había signos clínicos de insuficiencia cardíaca descompensada. La primera profesional, sugirió la derivación a un Centro de Mayor Complejidad (fojas 416 de autos, HC en el folio 23 del Informe del Hospital San Martín) y la Residente de Ginecología Romanela MONTENEGRO decidió suspender la cirugía -a la hora 8.00- y la derivación al Hospital San Roque para posterior derivación al Hospital Posadas -a la hora 14.30- (HC en fojas 24 del Informe del Hospital San Martín).

#### 10) CONSENTIMIENTO DE LA PACIENTE PARA LA CANCELACIÓN DEL ABORTO

Luego de la suspensión de la cirugía programada, el mismo 11/8/2011, MG fue trasladada al Hospital San Roque y de allí, al Hospital Posadas de El Palomar. En el Hospital San Roque, firmó ese mismo día una autorización para "realizar el control del embarazo y la atención del parto" (ver historia clínica original de ese nosocomio, reservada en Caja Fuerte).

El día 15/8/2011, firmó en El Palomar un consentimiento informado para que le ligasen las trompas en la posterior cesárea (ver fojas 288/9).

Entonces, es evidente que la actora sí consintió la cancelación del aborto y que ella decidió continuar con su embarazo. No fue alegado que haya viajado a la Provincia de Buenos Aires privada ilegalmente de su libertad ni que así haya estado durante su internación.

Ahora bien, ese consentimiento y esa decisión están viciadas. En efecto, el consentimiento no fue debidamente informado de conformidad con las disposiciones de la Ley Nacional Nº 26529 (BO 20/11/2009), según texto que estuvo vigente al tiempo de los hechos:

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

Todo paciente debe ser informado adecuadamente por el médico, en forma completa y exacta -no acotada ni tergiversada-, de su estado de salud y de los riesgos que trae aparejada cada intervención o tratamiento que se le aconseje, a fin de que pueda emitir -libre y razonadamente- su conformidad con el plan terapéutico recomendado.

Por su parte, la ley Nacional Nº 25929 (BO 21/9/2004) dispone: ARTICULO 2º — Toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, tiene los siguientes derechos: a) A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas. b) A ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantice la intimidad durante todo el proceso asistencial y tenga en consideración sus pautas culturales.

Puedo apreciar que en la autorización de fecha 11/8/2011, con membrete y sello del Hospital San Roque (que obra en la HC de ese hospital, reservada en Caja Fuerte), tiene en blanco el profesional que se encargaría del parto y que se trata de un formulario preimpreso que no tiene circunstancia alguna relacionada con la patología específica de la actora (seguramente destinado a cualquier clase de paciente).

Más abajo volveré sobre las consecuencias de la falta del consentimiento informado. Por ahora, me interesa reiterar y destacar que MG sí consintió la continuidad de su embarazo, pero ese consentimiento no fue válido.

## 11) EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El médico se encuentra frente a dos obligaciones diferentes: la de informar al paciente y la de actuar con diligencia y pericia, con disímiles consecuencias ante el incumplimiento de una u otra (CALVO COSTA, op. cit, págs. 359 y 426).

La omisión del previo consentimiento informado del paciente acarrea el incumplimiento contractual por parte del médico o del establecimiento y ello basta para generar en favor del enfermo una indemnización por los daños sufridos, aun cuando el acto médico se haya llevado a cabo de conformidad con la ley del arte. Si media incumplimiento, se le impide al paciente la posibilidad de decidir hacer o no el tratamiento o la intervención quirúrgica aconsejados por los médicos, u optar por otros profesionales.

El médico responderá por los daños que el paciente sufra y que tengan relación de causalidad adecuada con esa falta de información, pero no por cualquier otro perjuicio (Código Civil, artículo 906). Así, por ejemplo, el profesional responderá por el daño que cause la lesión a los derechos personalísimos (libertad, dignidad y autodeterminación) o a la integridad física en el caso de una extirpación no consentida (incluso aunque el médico haya respetado la ley del arte).

Ante la falta de acreditación del consentimiento informado por parte del médico, no queda más que determinar que ha sido el facultativo quien asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención o práctica recomendada, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar la conformidad con él, aunque para determinar la extensión del resarcimiento deberá analizarse minuciosamente la relación de causalidad. Ninguna duda cabe, pues, que estamos en presencia de una omisión culposa por la cual el médico debe responder, la que se deriva del deber de brindar al paciente información objetiva, veraz, completa y asequible antes de someterlo a cualquier actividad terapéutica (obra citada, pág. 427).

## 12) RELACIÓN CAUSAL

La perita cardióloga no determinó, más allá de toda duda, que el accidente cerebro vascular que sufrió el día 2/12/2011 tenga una relación causal adecuada con la no interrupción del embarazo. Es más, el ACV es una de las complicaciones esperables y frecuentes en la Tetralogía de Fallot que es la enfermedad de base (fojas 417, respuesta a la pregunta 3). En otras palabras, es posible que la paciente hubiese sufrido el ACV incluso si el aborto se hubiese llevado a cabo. Y tal como alegó la demandada, también pudo haber sufrido el ACV antes o después de su último embarazo.

Ahora bien, ya no puede determinarse con certeza qué habría ocurrido de haberse efectuado el aborto el día 11/8/2001. Lo concreto y no controvertido es que el embarazo continuó y que la actora sufrió el ACV el día 2/12/2011, es decir, en el séptimo día post cesárea, y estando todavía internada. No lo sufrió antes de estar embarazada ni tampoco un año después del parto, sino, insisto, siete días después. Y, como también dijo la experta, en las mujeres embarazadas que sufren la Tetralogía de Fallot no corregida, los cambios hemodinámicos pueden agudizarse (fojas 414, respuesta a la pregunta Nº 3). En otras palabras, también es posible y probable que el ACV haya sido consecuencia de no haber interrumpido el embarazo.

Cuando la experiencia indica que un hecho debió ser causa del daño, según el buen sentido del juzgador, estimamos que puede tenerse por probada la relación causal hominis, sin que ello implique soslayar su prueba. Claro está que para que el sentenciante pueda arribar a la conclusión de tener por probada la causalidad hominis, el reclamante deberá haber aportado suficientes elementos probatorios, cuyo análisis le permitirá al juez formar su convicción respecto de la responsabilidad del galeno, los cuales, si bien no logran acreditar fehacientemente el nexo causal, resultan reveladores de su existencia. En la formación del convencimiento del magistrado, sin duda alguna que contribuirán los peritajes médicos que se efectúen en la causa, en todos aquellos casos en los que el perito, si bien no se manifiesta de modo terminante, deja claro que cierto acto "pudo haber" sido o causado el evento dañoso, indicando de tal modo una probabilidad pero no una certeza (CALVO COSTA, Carlos A., obra citada, pág. 224).

Eso es precisamente lo que ocurre en autos. Si bien las conclusiones de la perita no son tajantes, los elementos que de ellas surgen y las máximas de la experiencia, han formado en mí convicción suficiente respecto de que, entre la no interrupción oportuna del embarazo y el ACV, media relación causal adecuada (Código Civil, artículo 902 y siguientes).

### 13) LA CULPA DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS

Es claro para mí que los médicos PAZO, SPIEGEL y MONTENEGRO (no demandados ni citados como terceros) actuaron culpablemente.

En casos de mala praxis la culpa se presenta a través de tres formas: negligencia, imprudencia e impericia. La negligencia consiste en la conducta omisiva, contraria a las normas que imponen determinado comportamiento solícito, atento, sagaz. Obra con negligencia quien no toma, en un evento cualquiera, las debidas precauciones. La imprudencia es conducta positiva, consistente en una acción de la cual había que abstenerse o en una acción que se ha realizado de manera inadecuada, precipitada o prematura. "La imprudencia es obviamente la falta de prudencia; realizar un acto con ligereza sin las adecuadas precauciones. La prudencia debe ser -o es- una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación, cautela, discreción y cuidado..." (CNCIV. Sala G 7/4/1983 Rep. L.L. 1983-666-250). La impericia, por último, consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte. Se puede, en cambio, ser perito, tener esas aptitudes y no emplearlas, en cuyo caso se

obra con negligencia; o bien, poseer la pericia debida y no obstante ella actuar en la emergencia con temeridad o con imprudencia" (Cámara Segunda de Apelaciones de Paraná, en lo Civil y Comercial, Sala II, 19/2/2003, "GOBELLI JORGE HUMBERTO C/ RIAL WALTER JOSE Y OTROS S/Ordinario").

Considero que constituyó una imprudencia por parte de PAZO, haber intervenido cuando ya lo había hecho otra profesional cardióloga; de SPIEGEL por haber sugerido la derivación y de MONTENEGRO por haber decidido suspender la cirugía y ordenado la derivación. Todo ello, en tanto, fue realizado sin contar con el debido consentimiento informado de la paciente.

Me explico: si la paciente hubiese decidido libremente continuar con su embarazo, previo consentimiento debidamente informado, el diagnóstico del Servicio de Cardiología de no haber signos clínicos de insuficiencia cardíaca descompensada tal vez habría acreditado la diligencia médica. Siempre en ese contexto hipotético y no en este caso, tal como ocurrió. Según mi entender, eso es lo que quiso decir la perita médica como segunda y alternativa opción en su dictamen (fojas 415, último párrafo).

Pero, habiendo una decisión legítima de MG ya tomada y con suficientes argumentos médicos para ello, el dictamen del Servicio de Cardiología, por derivación del Servicio de Ginecología, sólo hubiera podido determinar la suspensión de la cirugía si hubiesen encontrado otras razones que pudiesen a la paciente en mayor riesgo que en el caso de no hacerla. No fue eso lo que ocurrió.

A mayor abundamiento, creo también que los mencionados médicos fueron negligentes porque al impedir la cirugía, no hicieron todo lo que debieron haber hecho para evitar el daño. Los médicos actuaron con culpa. Es que omitieron la diligencia que exigía la naturaleza de su obligación y que correspondía a la circunstancia de personas, del tiempo y del lugar (Código Civil, artículo 512).

#### 14) EL ESTADO PROVINCIAL ES RESPONSABLE

En caso de probarse la culpa del médico, el ente asistencial (en este caso el Estado Provincial) será responsable, en función de la obligación tácita de seguridad que asume, responsabilidad que ha sido considerada objetiva y directa y que se ha sustentado en la figura de la estipulación a favor de terceros de conformidad con el artículo 504 del Código Civil (cfr. BUERES, Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos, edic. 1981; CALVO COSTA, obra citada, pág. 71).

#### 15) LA INTERNACIÓN DESPUÉS DEL ACCIDENTE CEREBRO VASCULAR

A raíz del mencionado ACV, el día 2/12/2011, la paciente ingresó a la Unidad de Terapia intensiva del Hospital Posadas donde sufrió una neumonía intrahospitalaria (Historia Clínica, epicrisis, fojas 401). Allí estuvo con máscara de oxígeno (fojas 399 vuelta) y alimentada por vía enteral.

El 14/12/2011 ingresó a clínica médica donde intercurrió con registros febriles sin descompensación, leucocitosis, insuficiencia renal (sepsis a foco desconocido) por lo que se inició tratamiento con vancomicina (fojas 401). La falla renal mejoró y comenzó a alimentarse por vía oral. Continuó con antibióticos por 21 días. También sufrió la infección de Klebsiella por lo que continuó aislada.

Por evolución favorable, se inició anticoagulación por indicación de hematología debido al alto riesgo de recurrencia de embolias paradójales y se inició cabalgamiento con acenocumarol. Se realizó interconsulta con fisioterapia para indicaciones para kinesioterapia. La paciente se movilizaba en silla de ruedas.

El 18/1/2012 se le otorgó el alta hospitalaria en ambulancia común, sin médico, a su domicilio en María Grande (fojas 401).

#### 16) DAÑOS. INCAPACIDAD

No está controvertido que MG sufrió un ACV isquémico, en la región del tálamo derecha, con plejía branquial izquierda y paresia crural izquierda.

Una hemiplejía es una parálisis de todo un lado del cuerpo (DRAE, consulta en línea del día de la fecha), en este caso, del lado izquierdo. Una paresia es una parálisis leve que consiste en la debilidad de las contracciones musculares (misma fuente).

La actora demostró que durante la internación en el Hospital Posadas tuvo paresia izquierda facial moderada y paresia braquial y crural severa (fojas 417, punto 5).

Para el día 4/8/2014, todavía sufría la hemiplejía izquierda pero había estado realizando un tratamiento de rehabilitación kinesiológico, primero en domicilio y luego en el Centro Génesis de María Grande para mejorar el control de tronco superior e inferior, en la asistencia a la bipedestación, en la reeducación en la marcha y en la reeducación de las actividades de la vida diaria (higiene, vestimenta, alimentación) (ver el informe de fojas 221). También realizó ejercicios de equilibrio y propiocepción en miembro inferior hemipléjico conjuntamente con actividades de coordinación de ambos hemicuerpos.

La actora no demostró sufrir una incapacidad permanente ni tampoco, en su caso, el grado. No ofreció un peritaje con ese objeto y la experta cardióloga sólo relató las secuelas durante la internación, pero no las posteriores (fojas 417).

No obstante, del informe del centro de kinesiológica puedo concluir que, en distintos grados, la parálisis de su lado izquierdo duró hasta diciembre de 2014. La paciente fue mejorando gradualmente el control y el movimiento de su lado izquierdo hasta esa fecha. Esa gradualidad, también surge de la declaración de los testigos (fojas 217 y 225).

La incapacidad es la disminución de aptitud para realizar actividades productivas o económicamente valorables, según el concepto que hoy da el Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 1746) pero que no es incompatible con ninguna disposición del Código Civil aplicable al caso -ley 340 y modificatorias- (artículo 1086).

MG no invocó haber realizado actividades productivas, pero sí económicamente valorables: en sus propias palabras: "su accionar diario" y "su desempeño como esposa y como madre" (fojas 198). Es a todas luces un hecho evidente que la parálisis de todo un lado del cuerpo disminuye notablemente la aptitud para cualquier tipo de actividad de la vida diaria, tales como comer, higienizarse, caminar y, con mayor razón aún respecto de otras personas.

Por lo expuesto más arriba, tengo que la señora MG sufrió una incapacidad parcial transitoria, entre el día 2/12/2011 -día del ACV- y el 2/12/2014 -finalización presunta de su tratamiento de rehabilitación-.

La actora no demostró el grado de su incapacidad, pero atento a que la producción del daño está probada, estimaré su cuantía sobre la base del artículo 162 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos. A fin de brindar pautas objetivas, tomaré como base la bibliografía especializada que asigna a la hemiplejía motora un grado de incapacidad de entre el 70% y el 100% (ALTUBE, José Luis-RINALDI, Carlos Alfredo, Baremo General para el fuero civil, Buenos Aires, García Alonso editores, 2013, pág. 225). Más arriba concluí que la paciente fue readquiriendo gradualmente su capacidad, pero excede de mi incumbencia determinar una correspondencia entre tiempos y grados, dentro de este rubro. Por ello, asigno el mínimo que los expertos determinan para ese tipo de lesión para todo el período: 70%

Como módulo base de cálculo, tomaré el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la fecha de esta sentencia, es decir, \$8.860. Como se trata de actividades económicamente valorables (no productivas) lo considero doce veces por cada año.

Así,  $\$8.860 \times 24 \times 70\% = \$148.848$

No aplico una fórmula de descuento de interés (tal como hoy lo prevé expresamente el artículo 1746 del Ccycn) porque la indemnización sólo cubre períodos pasados respecto de esta sentencia.

## 17) EL TRATAMIENTO HEMATOLÓGICO

Según informó la perita cardióloga, la paciente recibió el alta del Hospital Posadas anticoagulada con enoxeparina por indicación de Hematología debido al alto riesgo de recurrencia de embolias paradójales y cabalgamiento con acenocumarol (fojas 418). No surge con claridad del texto de la respuesta que el tratamiento anticoagulante sea una consecuencia del ACV pero, en cambio, el título reza: "Tratamiento indicado para las secuelas", lo que despeja toda duda.

A mayor abundamiento: desde el día 23/1/2012, se encuentra en tratamiento anticoagulante, en forma crónica, a cargo de los médicos hematólogos de Paraná, Mario D. GIUNTA y Pedro NEGRI ARANGUREN. Debe controlarse cada 30-60 días. Si bien los mencionados médicos reconocen como antecedente a la patología congénita (Tetralogía de Fallot), manifestaron que la paciente fue derivada al Instituto para la anticoagulación oral con dicumarínicos por haber presentado ACV posparto (fojas 226). Estos profesionales son quienes atienden a la parte actora.

En conclusión: MG tiene que realizarse un tratamiento crónico que tiene por causa adecuada al ACV.

#### 18) DAÑO MORAL SEÑORA MG

Entonces, la demandada impidió a la actora corregir su patología congénita (Tetralogía de Fallot), desde 2003 en adelante, violando su derecho humano fundamental a la salud.

También le negó, desde 2005 en adelante, su derecho como mujer de decidir no tener más embarazos por un medio anticonceptivo lícito (la ligadura de trompas).

Además, por intermedio de sus profesionales médicos, el ESTADO PROVINCIAL hizo cambiar a la actora una decisión que ya había tomado legítimamente para proteger su salud y su vida, también violando su derecho humano a la salud y, así, le causó un accidente cerebro vascular, la internación en terapia intensiva referida más arriba, infecciones, tratamientos crónicos y una importante incapacidad transitoria.

Los padecimientos físicos, angustias, tristezas e incertidumbres sufridos por MG (circunstancias invocadas en la demanda), deben ser consideradas en este rubro (Código Civil, artículo 522).

Presumo que las lesiones mencionadas han causado daño moral a la actora. En efecto, existe una relación constante y frecuente entre ese tipo de situaciones lesivas y un daño moral como su derivación y la demandada no ha producido prueba que la desvirtuase.

No está controvertido que otra de las consecuencias fue que MG dio a luz a una niña, su hija llamada SBS. También es frecuente que las personas alegren su vida cuando tienen una hija. Pero la circunstancia de que en ningún pasaje de la demanda la actora así lo haya manifestado me impide presumirlo en este caso.

Resta ahora la difícil tarea de establecer el perjuicio. A ese fin, hago mías las palabras de un fallo de Cámara local.

Creemos que en modo alguno la condena por daño moral puede significar una fuente de enriquecimiento o capitalización por parte de quien lo padece. Su objetivo no es propia o típicamente reparatorio o recompositorio, pues en esta materia no se puede volver atrás lo perdido. Tampoco debe mediante su desnaturalización o forzamiento servir para canalizar otros rubros materiales, como lucro cesante, daño emergente, etc., que requieren otro tipo de pruebas

y mensuración. Incluso resulta impropio a nuestro humilde entender, hablar de cuantificar el daño moral, más allá de que existen en doctrina y jurisprudencia quienes aspiran seriamente a ello efectuando un importante aporte, verbigracia el Dr. Gherzi (GHERSI, "Cuantificación económica-Daño Moral y Psicológico", ed. Astrea, año 2002). Este es un rubro orientado en realidad a otorgar un paliativo o alegría compensatoria para las dolencias sufridas, un emolumento que no hará desaparecer el dolor ni los padecimientos, pero facilitará o concederá una gratificación a la víctima (ej. por medio de un viaje, adquisición de un objeto deseado, un gusto relegado, etc), pero no está destinado a engendrar capital, riqueza, ni patrimonio en la víctima ni a recomponerlo. Ello obviamente no implica consagrar ni propender a la arbitrariedad, sino procurar en el marco de lo difícil que resulta, arribar a una solución razonable, en el marco del compendio probatorio aportado, y utilizando además parámetros de comparación y razonabilidad en las diferentes indemnizaciones que por distintos motivos se brindan en juicio, según los diferentes bienes en cada caso agraviados (Cámara Segunda de Apelaciones de Paraná, en lo Civil y Comercial, Sala III, 12/5/2016, Nº 8356 - "SALOMON SILVIA EDITH C/ SANATORIO LA ENTRERRIANA S.A. S/ ORDINARIO DAÑOS Y PERJUICIOS").

En el escrito de demanda, los actores consignaron como monto pretendido la suma de PESOS CUATROCIENTOS MIL (\$500.000) -sic fojas 165- aunque de la suma de la totalidad de los rubros puedo inferir que la pretensión es por el monto mayor. Ahora bien, en autos hay cuatro coactores que reclaman ese monto en forma global, sin distinguir cuánto pretende cada uno (ver fojas 165, párrafo 4º y 198, párrafo 5º). Es razonable presumir que la víctima directa pretende, por lo menos, la mitad (\$250.000).

Con base en el artículo 162 del Cpcce, estimo que MG encontrará placeres compensatorios con lo que pueda adquirir con la suma \$300.000. Aclaro que haber concedido una suma mayor no implica violar en el principio de congruencia (Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Entre Ríos, artículo 160, inciso 6º, como derivación del artículo 18 de la Constitución Nacional) en tanto la actora supeditó la cuantificación a lo que en más o en menos surgiera de la prueba a producirse (fojas 166 vuelta).

La cuantificación ha sido efectuada a la fecha de esta sentencia.

#### 19) LIQUIDACIÓN DE CAPITAL ACTORA MG

Rubro	Monto	Incapacidad sobreviniente parcial y transitoria	\$148.848	Daño moral	\$300.000	Total	\$448.000
-------	-------	---	-----------	------------	-----------	-------	-----------

Son pesos cuatrocientos cuarenta y ocho mil (\$448.000) que el ESTADO PROVINCIAL deberá pagar la actora MG.

#### 20) INTERESES

Atento a que ambos rubros concedidos fueron cuantificados a la fecha de esta sentencia, devengarán intereses a una tasa pura del 6% anual desde el día de producción del daño (2/12/2011) y hasta la de esta sentencia. Desde hoy en adelante, devengará la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina para descuento de documentos a treinta días (TABNA). Esta última tasa no es aplicable a todo el período de mora porque incluye un componente inflacionario ya computado al tomar el valor actual del capital.

## 21) DAÑO MATERIAL COACTOR RS. GASTOS MÉDICOS Y FARMACOLÓGICOS. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

Este coactor es cónyuge de MG, padre de los hijos de ambos e invocó afrontar los gastos reclamados (fojas 198). Considero que tiene interés en reclamar su reintegro y, por esa razón, rechazo la excepción de falta de legitimación activa interpuesta a su respecto (fojas 180 y vuelta).

La atención kinesiológica es afrontada en su totalidad por la obra social OSPA VIAL (fojas 221) por lo que, a su respecto, no hay daño.

La misma obra social también se hace cargo de los honorarios por la atención de los médicos hematólogos (fojas 226). Ahora bien, de conformidad con el Derecho vigente, las obras sociales regidas por las leyes nacionales Nº 26.660 y 23.661 y el Programa Médico Obligatorio, deben afrontar el 70% del costo de los medicamentos crónicos tales como los anticoagulantes (fojas 226). Por lo tanto, el afiliado, paga el restante 30%.

La parte actora no probó el costo de los medicamentos. Sobre la base del artículo 162 del Cpcer, estimo su costo total en la suma de \$165, estimado al día de la fecha.

La demandada debe pagar el 30% ese costo (es decir, \$55) desde el día de inicio del tratamiento (23/1/2012) y hasta la expectativa de vida de MG que estimo en la edad de 75 años que cumplirá el día 14/8/2050 (ver fojas 1).

Atento a que parte de la indemnización cubre un período futuro aún no devengado, aplicaré a la base mencionada una fórmula que permita la determinación de un capital actual, de tal modo que sus rentas cubran el costo de los medicamentos y que se agote al término del plazo de expectativa de vida. Si bien la legislación actual prevé expresamente el uso de fórmulas para el rubro incapacidad sobreviniente (Cycn, artículo 1746), considero que el descuento de interés debe aplicarse para todo rubro que incluya una suma fluyente de capital que se pague por adelantado.

Esta fórmula de valor actual de una renta constante anticipada y de pagos vencidos se grafica del siguiente modo:

$$A = C \frac{1 - (1+i)^{-n}}{i}$$

Donde:

A: indemnización total a fecha de sentencia

C= renta anual (en este caso, costo del medicamento x 12) X 30%

i= tasa pura de interés anual (6%)

n= cantidad de años desde el acontecimiento del hecho hasta la finalización del período de cálculo. Aclaro que se trata de una potencia, por lo cual debe leerse gráficamente como sobreelevada respecto de los componentes precedentes.

d= cantidad de años desde el hecho hasta la fecha de sentencia que también es una potencia.

Entonces, abastecida la fórmula con los datos mencionados, el resultado final es \$12.320,25, doce mil trescientos veinte pesos con veinticinco centavos, que el ESTADO PROVINCIAL deberá pagar al señor SACKS en concepto de gastos de medicamentos del tratamiento anticoagulante.

## 22) DAÑO MORAL COACTORES RS, MAS y SBS. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA

Considero que, respecto de los restantes coactores, la responsabilidad del ESTADO es extracontractual y, por lo tanto, les es aplicable el artículo 1078 del Código Civil, cuya letra sólo otorgaba legitimación para reclamar daño moral al damnificado directo (si no resultaba su muerte), en este caso, la señora MG.

Vale recordar que el artículo 1741 del Código Civil y Comercial de la Nación amplió la legitimación activa, a título personal, a los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivan con el damnificado directo recibiendo un trato familiar ostensible, si es que sufre gran discapacidad. Considero que la gran discapacidad debe ser permanente e irreversible, lo que no ha ocurrido en el caso de autos.

Por lo tanto, los damnificados indirectos no están legitimados activamente para reclamar el daño moral sufrido por MG.

## 23) INTERESES INDEMNIZACIÓN COACTOR RS

La indemnización calculada más arriba ya incluye intereses a la tasa pura del 6% anual desde la fecha de producción del daño y hasta la de esta sentencia. Por lo tanto, a partir de hoy, devengará la Tasa Activa del Banco de la Nación Argentina para descuento de documentos a treinta días.

#### 24) COSTAS

Siguiendo el criterio sentado por la Alzada (Cámara Segunda de Apelaciones de Paraná, Sala II, 26/08/1996, DEFAGOT, Alexis c/MUÑOZ, Juan s/Sumario, entre muchos otros) las costas deben ser impuestas a la demandada vencida (artículo 65 del Cpcce). Ello aún cuando la demanda no prospere íntegramente respecto del monto pretendido, pues en los procesos de indemnización de daños, las costas integran el resarcimiento y como tal deben ser soportadas por el responsable de los perjuicios. El concepto de vencido a que refiere la primera parte del artículo 65 debe ser comprendido con una visión global del proceso, con la única excepción -no configurada en este expediente- del supuesto de acogimiento parcial de la demanda, cuando se deba a responsabilidad concurrente.

La admisión de la excepción de falta de legitimación activa, por lo demás parcial, no tiene en mi criterio entidad cualitativa suficiente para distribuir las costas.

#### 25) HONORARIOS

Los regulo sobre la base los montos admitidos con más los intereses hasta el día de la fecha (artículo 31, ley provincial Nº 7046) y tengo en cuenta los arts. 3, 30, 14, 59, 60, ss. y cs. de esa misma la ley de aranceles para abogados y procuradores de la provincia. No corresponde regular los honorarios para los abogados del ESTADO PROVINCIAL, en virtud de lo dispuesto en el art. 15 de dicha norma.

Para la perito aplico los arts. 3, 30, 31, 21 de la ley 7046 y el art. 133 de la Ley Orgánica de Tribunales (Dto. Ley 6902).

Atento a todo lo expuesto y las normas de los artículos 31, 160, ss. y cs. del Cpcce

#### F A L L O:

1) Haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por MG y RS contra el ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS y, consecuentemente, condenando al demandado a pagarles las respectivas sumas de cuatrocientos cuarenta y ocho mil pesos (\$448.000,00) y doce mil trescientos veinte pesos con veinticinco centavos (\$12.320,25), con más los intereses establecidos en los respectivos considerandos.

2) Imponiendo las costas en su totalidad al ESTADO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RÍOS.

3) Regulando los honorarios profesionales de los abogados Martín Rodrigo NAVARRO, Arsenio Aditardo NAVARRO y perita médica Nadina Desiree SCHUMACHER en las respectivas sumas de pesos NOVENTA y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA (\$91.750,00); DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA (\$18.350,00) y TREINTA y CINCO MIL (\$35.000,00).

4) Devolviendo la documental reservada en Caja Fuerte a la demandada.

5) Ordenando que la versión a publicar en línea de la presente sólo contenga las iniciales de los actores.

Regístrese. Notifíquese personalmente o por cédula.

MARTIN LUIS FURMAN

JUEZ