

## *La protección de la salud en el régimen constitucional de derecho del consumo\**

Por Laura Perez Bustamante

### **1. La protección del “bien jurídico salud” en el marco del constitucionalismo argentino**

El régimen constitucional argentino, desde sus mismos orígenes, entendió a la salud íntimamente vinculada a la vida e inserta en el plexo de derechos llamados “implícitos” que dotaban de contenido al art. 33 de la norma fundamental.

La justicia acompañó la protección debida a este derecho en el referido marco, dejando sentado el criterio aún vigente en lo concerniente a su relevancia. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un antiguo precedente, consideró de superior naturaleza los derechos relacionados con la salud del trabajador, respecto de los derechos patrimoniales del empleador<sup>1</sup>. Con posterioridad, profusa jurisprudencia recayó en la materia sobre la base del anterior discernimiento, construyendo así, los perfiles de la actividad tuitiva judicialmente desplegada hasta la actualidad.

Impactó, asimismo, en el desarrollo de la doctrina judicial, la reforma de la Constitución nacional de 1994, por la cual se otorgó jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos (art. 75, inc. 22) que contienen previsiones sobre el derecho a la salud<sup>2</sup>. En este sentido, la Corte Suprema resaltó el deber impostergable que recae en la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud mediante acciones positivas a partir de lo dispuesto en dichos tratados<sup>3</sup>.

Entre la vasta jurisprudencia atinente al derecho que nos convoca, es ilustrativa la doctrina sentada en la causa “Asociación Benghalensis y otras c/Estado nacional”<sup>4</sup>, en la cual la Corte Suprema, remitiendo al dictamen del procurador general, entendió a la vida y su protección como un bien fundamental en sí mismo, indispensable para el ejercicio de la autonomía personal, un derecho implícito, en el sentido de ser necesario para el ejercicio de los derechos expresamente reconocidos. Y en cuanto a los deberes del Estado, enfatizó que éste no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas respecto de ellos para que no se tornen ilusorios.

---

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> CSJN, “Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor”, *Fallos*, 305:2040.

<sup>2</sup> En efecto, este derecho se contempla en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XI); en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12); en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e, pto. IV), y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 112, inc. f).

<sup>3</sup> CSJN, 24/10/00, “C. de B., A. C. c/Secretaría de Programas de Salud y otro”, *LL*, 2001-C-32.

<sup>4</sup> CSJN, 1/6/01, *Fallos*, 323:1339 y *LL*, 2001-B-126.

Lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de medicina prepaga, según se recuerda en la causa “C. de B., A. C. c/Secretaría de Programas de Salud y otro”<sup>5</sup>.

También en su faz colectiva el derecho a la salud fue tratado por la justicia en oportunidad de expedirse en un amparo presentado con el objeto de que se ordenase al Estado nacional que ejecutase la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 contra la fiebre hemorrágica argentina; asegurar su inmediato suministro a la totalidad de la población potencialmente afectada por el virus Junín; e implementar, en coordinación con las áreas públicas competentes, una campaña para restablecer el ecosistema<sup>6</sup>. Allí se entendió que “al haber asumido el Estado nacional el compromiso de producir la aludida vacuna a efectos de combatir la fiebre hemorrágica argentina, los habitantes de las zonas afectadas y, obviamente, el defensor del pueblo de la Nación se encuentran legitimados para reclamarle el cumplimiento de dicho compromiso”.

Dentro de los problemas modernos relativos a la salud, el derecho a la asistencia médica a los portadores del virus HIV por parte de las empresas de medicina prepaga, también obtuvo favorable acogida judicial. Ante el amparo presentado por un portador asintomático de la enfermedad atento a la negativa de la empresa de continuar brindando cobertura, la Corte Suprema<sup>7</sup> negó la posibilidad de corte intempestivo de las prestaciones pactadas contractualmente y las previstas legalmente no mediando incumplimiento de las obligaciones por parte del afiliado (pago de cuota). Entendió que lo contrario atentaría contra el imperativo de permanencia y continuidad de la prestación médica –derivada de la naturaleza previsional que tiene este servicio–, así como los estándares de buena fe y moral y buenas costumbres. Asimismo, se consideró en el precedente que la aceptación de la cobertura médica por el beneficiario tornaba irrevocable el contrato de medicina prepaga, y en el supuesto de que éste haya sido celebrado por un ex-empleador del beneficiario, la empresa se encontraba obligada como si el beneficiario hubiera contratado directamente.

El derecho a la salud se ha arraigado también en el nuevo art. 42 de la Const. nacional, como otra consecuencia de la última reforma mencionada. Desde lo normativo, en la actualidad, y sin perjuicio de su raíz histórica, el derecho a la salud ha dejado de ser un derecho implícito para adquirir una fuerte presencia explícita como derecho humano de tercera generación. En tal sentido, versa el art. 42: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios, tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud... Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos”.

Es oportuno consignar aquí, que cuando la norma fundamental menciona a la “relación de consumo”, en este contexto, dicha relación debe ser entendida en sentido amplio, como una expresión relativa a la denominada “sociedad de consumo”. Lo contrario, es decir, interpretar que se alude exclusivamente a relaciones contractua-

---

<sup>5</sup> CSJN, 24/10/01, LL, 2001-C-32.

<sup>6</sup> CNFedContAdm, Sala IV, 2/6/98, *in re* “Viceconte, Mariela C. c/Ministerio de Salud y Acción Social”, LL, 1998-F-102.

<sup>7</sup> CSJN, 13/3/01, *in re* “E., R. E. c/Omint SA de Servicios”, LL, 2001-B-687.

les del derecho privado, conllevaría la consecuencia de otorgar protección a la salud de algunos (los contratantes a título oneroso) y no a todos; lo que atentaría contra los fundamentos mismos de la tesis constitucional del “contrato social”<sup>8</sup>, razón de ser de la sujeción voluntaria del soberano a las normas. En otras palabras, desde la visión que aquí se sostiene, una postura en tal sentido, sería jurídicamente inconstitucional y desde lo político, harto peligrosa para la paz social.

Sostenemos que la visión de la relación de consumo restringida al derecho privado, en este contexto de análisis, es inconstitucional porque privaría de protección a la salud a quien no fuera un contratante. A contrario sensu, podría decirse al respecto que “el resto”, si es que fuera aceptable esa denominación, continuaría amparado por el art. 33 de la Const. nacional. En tal caso, para algunos la salud sería un derecho implícito –sujeto a los vaivenes de la progresividad de los derechos sociales<sup>9</sup>– y para otros explícito –indiscutible respecto de su efectividad–, afirmación poco simpática con ribetes de discriminación en torno a derechos humanos fundamentales como la salud<sup>10</sup>.

Otro obstáculo se presenta respecto de la aceptación de la visión restringida del concepto constitucional de relación de consumo: el relativo al mandato de sustentabilidad. En efecto, hemos sostenido en reiteradas oportunidades que la norma del art. 42 requiere de interpretación sistemática, en el caso, mínimamente con los arts. 41 y 43 de la carta magna<sup>11</sup>.

Del art. 41 surge la adopción del desarrollo sustentable como instrumento para alcanzar la meta del nuevo ordenamiento constitucional: el desarrollo humano (arts. 41 y 75, inc. 19, Const. nacional), cuyo antecedente lo encontramos en el viejo Preámbulo de la Constitución de 1853 cuando alude a la promoción del “bienestar general”.

<sup>8</sup> Rousseau, Jean J., *El contrato social*.

<sup>9</sup> Así se ha dicho que “frente a un estado de necesidad de los derechos fundamentales como son la vida, la salud o la educación, los tribunales de justicia están habilitados para emitir mandamientos judiciales dirigidos a tutelar, en tiempo real, la situación de emergencia que vive la persona, dentro del contexto de recursos con que cuente el patrimonio público, por supuesto. Pero haciendo agotamiento de la investigación recursiva, pudiéndose ejecutar bienes o partidas no afectadas a otras prestaciones también esenciales a otros derechos individuales de la sociedad en su conjunto. Todo depende del sentido de razonabilidad con que se tomen las medidas” (JuzgContAdm Trib, CABA, Sala de feria, 11/1/01, *in re* “Pérez, Gustavo y otros c/GCBA”).

<sup>10</sup> Reparar en este particular aspecto de la problemática resulta de gran utilidad práctica. En la actualidad se ha escuchado afirmar a seguidores del análisis económico del derecho, que los hospitales públicos no deben ser subsidiados, porque eso es “ineficiente”; y que en Brasil se ha demostrado que la permisividad del aborto baja el índice de delitos, en razón de que “los delincuentes son mayormente marginales”.

Sin perjuicio de los cuestionamientos de variada índole que generan los presupuestos sobre la base de tales afirmaciones y el debate sobre las propuestas de solución que plantean, es oportuno detenernos en estas posturas, que privilegian lo que denominan “eficiencia” por sobre el valor “vida”; muestran la falta de consenso, pese al estado normativo, sobre el reconocimiento de derechos humanos fundamentales sin exclusiones, con preocupante incidencia actual en los alcances efectivos del derecho que analizamos a la hora de la gestión pública y del amparo judicial, derivada del gran auge, promoción y difusión de esta manera de entender al derecho, a los derechos y a sus titulares.

<sup>11</sup> Pérez Bustamante, Laura, *Derecho social de consumo*, Bs. As., La Ley, 2004; *Derechos del consumidor*, Bs. As., Astrea, 2004, y *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*, Bs. As., Colihue, 2007.

Es sabido que el desarrollo sustentable requiere la eliminación de los dos polos de la sociedad de mercado –el consumismo y la pobreza–, por ser contrarios al equilibrio ecológico, económico y social, presupuesto base de la sustentabilidad<sup>12</sup>. La eliminación de la pobreza requiere, a su vez, de la efectivización del derecho fundamental de acceso al consumo<sup>13</sup>, constituido por el acceso a la salud, la alimentación, la vivienda, la educación, la vestimenta y las comunicaciones, para la satisfacción de las necesidades básicas y como elementos imprescindibles de la autonomía individual que permita alcanzar el desarrollo humano, entendido como el desarrollo de la plena potencialidad del ser.

Por ello, si decimos que el derecho del consumidor es un derecho humano de tercera generación –cuyas notas distintivas son la equidad internacional e intergeneracional junto a la solidaridad–, que es transversal y se encuentra inescindiblemente ligado a su par, el derecho ambiental, con quien comparte sus características; cuando el art. 42 habla de la salud, protege a todos los habitantes y cuando menciona la relación de consumo, en estos supuestos, el concepto equivaldría a la relación que une a los ciudadanos con su carta magna<sup>14</sup>.

En definitiva, y como hemos sostenido con anterioridad “puede afirmarse sin hesitación que tal como ha sido estructurado desde la Constitución –y no meramente por referencia a la ley 24.240–, en cuanto al derecho de los consumidores, no sólo hay derechos y obligaciones entre el proveedor y el consumidor: existe, además, una relación jurídica que excede el marco privado y compromete al Estado. En efecto, los individuos tienen derecho a acceder a un nivel de consumo compatible con el desarrollo sustentable; los poderes públicos –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– tienen el deber de adoptar las medidas necesarias para la efectividad de aquel acceso y se encuentran sujetos a responsabilidad frente al poder que la Constitución confiere a toda persona –‘soberano’ en términos constitucionales– para obtener la satisfacción concreta de sus pretensiones amparadas por una garantía constitucional. Qué tribunal sea competente para formular este reclamo o cuáles sean las medidas con las que el Estado haya de cumplir el deber impuesto por la ley fundamental son temas instrumentales: la eventual ausencia o imprecisión de tales previsiones, como resulta de la doctrina sentada en el precedente ‘Siri’, no ha de ser obstáculo para que los derechos proclamados lleguen a sus destinatarios en vez de permanecer en el limbo decorativo de la normas incumplidas”<sup>15</sup>.

## **2. La protección de la salud en el régimen jurídico de consumo. Las bases constitucionales**

Como surge de nuestra jurisprudencia, tanto el Estado, como las obras sociales, como quienes realizan actividades comerciales vinculadas a la vida y la salud –empresas de medicina prepaga–, se encuentran obligados al cumplimiento de

<sup>12</sup> Perez Bustamante, *Los derechos de la sustentabilidad: desarrollo, consumo y ambiente*.

<sup>13</sup> ONU Directrices de protección al consumidor, aprobadas por res. 39/248; Declaración Universal de Derechos Humanos art. 25, inc.1; Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 11.

<sup>14</sup> Este punto ha sido desarrollado en extensión en Perez Bustamante, *Derechos del consumidor*, p. 1 a 9.

<sup>15</sup> Perez Bustamante, *Derecho social de consumo*, p. 101.

aquellas prestaciones reguladas por la normativa pertinente en resguardo de la protección de los bienes jurídicos en juego, sin perjuicio de los compromisos asumidos en forma voluntaria en el marco del derecho privado.

Con las bases establecidas por el art. 42 de la Constitución reformada y la directriz de desarrollo humano, sentada en el art. 75, inc. 19 e instrumentada por las exigencias del desarrollo sustentable del art. 41, los derechos fundamentales de tercera generación son regulados en sus presupuestos básicos en el marco de la sociedad de consumo<sup>16</sup>.

De esta manera, el derecho a la salud –uno de los componentes del actualmente conocido derecho de acceso al consumo– encuentra su inclusión en el texto constitucional con dos posibles perfiles: uno enclavado en el derecho público y otro en el derecho privado, si bien parcialmente.

En cuanto al perfil de derecho público, responde a la exigencia del ordenamiento constitucional de proveer a la sustentabilidad social, y en ella se inscriben los deberes del Estado respecto de la salud de la población. Corresponden a esta esfera de actuación la asistencia pública directa –por medio de la prestación de servicios de salud en hospitales públicos–, las previsiones respecto de la seguridad social –mediante la regulación y control de la actividad de las obras sociales–, y la regulación y control de los servicios privados de salud –empresas de medicina prepaga–. En este orden, se dictan normativas de carácter protectorio y se controla la actividad de los prestadores<sup>17</sup>.

Respecto del segundo, es decir, el derecho a la salud con eje en el derecho privado, corresponde a la relación entre los proveedores de servicios de salud privados y los usuarios o consumidores, y exhibe la confluencia de normas contractuales de derecho privado con notas imperativas de fuente en leyes de orden público. El objeto de estas últimas es fundamentalmente preventivo y tuitivo de las personas en el marco de las relaciones de consumo en la sociedad de mercado.

Conocidas son las características más salientes de estas relaciones: desigualdad de poder negocial de las partes al momento de celebrar el contrato y durante el curso de su ejecución, predisposición de cláusulas, asimetría informativa, dificultad práctica de acceso a la justicia, entre otras. Tal contexto justifica la injerencia pública en estas relaciones iniciales de derecho privado, máxime teniendo presente la indelegabilidad de las funciones del Estado respecto de la salud de la población.

Por estas razones, se ha dicho que el derecho del consumidor persigue el equilibrio en las relaciones contractuales y con esta finalidad es que protege derechos y

---

<sup>16</sup> Estas normas constitucionales son acompañadas por las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional mencionados en el pto. 1 de este trabajo.

<sup>17</sup> Entre ellas, la ley 23.660 de obras sociales; la ley 23.661 que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud; la res. 247/96 del ex Ministerio de Salud y Acción Social y sus modificatorias, que crea el Programa Médico Obligatorio, estableciendo las prestaciones mínimas garantizadas a los beneficiarios de las obras sociales –Agentes del Seguro de Salud–; sus complementarias, como la ley 24.445, que extiende la cobertura debida a tratamientos médicos psicológicos y farmacológicos a infectados de HIV y dependientes de estupefacientes; la ley 24.774 que impone a las empresas de medicina prepaga la obligación de cumplir con el PMO y la ley 24.455; la res. 1991/05 del Ministerio de Salud que reordena el PMO, que aprueba las prestaciones básicas esenciales garantizadas por las obras sociales, y la ley 24.240 de defensa del consumidor.

fija deberes a los proveedores y a las autoridades públicas. Para ello, el art. 42 de la Constitución establece el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, seguridad, intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección, trato equitativo y digno, educación para el consumo, control de monopolios, calidad y eficiencia de servicios públicos, asociación y participación en los organismos de control. Correlativamente, ordena a las autoridades –poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial– a proveer a la protección de los anteriores derechos.

La norma comentada dispone que “la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos”, lo que es cumplido –o regulado, si se prefiere– por la ley 24.240 de defensa del consumidor. En cuanto al planeamiento de políticas públicas de control y prevención, la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor se encarga de ello en el marco del Poder Ejecutivo, también por previsión de esta ley<sup>18</sup>.

Por último, la importancia de la labor del Poder Judicial debe ponerse de resalto en orden a garantizar el ejercicio efectivo –o la vigencia real– de los derechos de los ciudadanos o consumidores, sea en el ámbito de las relaciones de consumo privadas, sea en el marco del acceso a los beneficios del sistema de salud pública, pues ambos responden a necesidades inherentes a derechos humanos fundamentales.

### **3. Los nuevos desafíos de la regulación**

La salud plantea conflictos interdisciplinarios que el derecho es llamado a regular. Se trata de situaciones de variada índole que requieren de su estudio, monitoreo de evolución y en consecuencia, indican la necesidad de adaptación del derecho a las nuevas realidades y requerimientos sociales.

Dentro del amplio espectro de circunstancias mencionadas encontramos problemas asociados a los avances en el campo médico, donde la ciencia plantea conflictos que socavan los criterios mismos tenidos en cuenta por el legislador decimonónico respecto del comienzo de la existencia de la persona humana y la protección de su vida y derechos inherentes a la misma. La bioética aparece aquí como una disciplina de vanguardia cuyo desarrollo urge a fines de lograr una regulación que dote de seguridad jurídica razonable las conductas humanas que se desarrollan en este marco. Complejidades como las que presentan la procreación asistida, la ingeniería genética, la manipulación de embriones, la utilización de células madres, todas cuestiones inherentes al desarrollo de la ciencia, llaman al derecho a avanzar en un grado de vertiginosidad que no le es propio –o que no le ha sido hasta el presente–, pero cuya necesidad actual es indiscutible.

Asimismo, el debate sobre situaciones límite como la prolongación artificial de la vida, la eutanasia, el aborto, son temas sobre los cuales la sociedad se debe un debate interdisciplinario sincero y profundo, presupuesto de base de cualquier regulación normativa con pretensión de efectividad.

---

<sup>18</sup> Debe señalarse que la autoridad de aplicación de la ley de defensa del consumidor controla la actividad de las empresas de medicina prepaga, y la Superintendencia de Servicios de Salud a las obras sociales.

Confluyen en esta problemática las relaciones de consumo vinculadas a la salud, entre ellas, las concernientes a las consecuencias jurídicas de los riesgos del desarrollo y los contratos de consumo.

En un exhaustivo e interesante trabajo Garrido Cordobera y Busto Lago<sup>19</sup> distinguen y analizan pormenorizadamente las distintas clasificaciones de riesgos y las implicancias de orden social que justifican su tratamiento jurídico diferenciado. Así, delimitan el riesgo del desarrollo, siguiendo a López Cabana y Goldenberg, identificándolo con la nocividad que entraña un producto que al tiempo de su introducción al mercado de consumo masivo era considerado inocuo, pero que investigaciones o comprobaciones posteriores ponen de manifiesto su dañosidad. Seguidamente, remarcan la diferencia de los anteriores con las lagunas normativas, tema introducido por la doctrina alemana, que refiere a los riesgos que están asociados a un producto pero que resultan inevitables, siendo conocido que el producto es potencialmente dañino, careciendo de medios para evitar el daño y cuya autorización de comercialización proviene del interés social. Por su parte, lo anterior debe diferenciarse, ciertamente, de los defectos del desarrollo, en los que se ignora el carácter defectuoso del producto y por esta razón, tampoco se conoce su carácter dañino.

Nuestro régimen jurídico de consumo contiene una previsión expresa sobre estos temas. Se trata del art. 4 del decr. 1798/94, el cual dispone expresamente: “Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”. Esta disposición genera la carga obligacional de retiro del mercado de todo producto o servicio cuya peligrosidad se hubiere conocido con posterioridad a su comercialización, siendo necesario, a su vez, la comunicación de la situación a la autoridad de aplicación de la ley.

Desde el ámbito de la responsabilidad civil, Garrido Cordobera y Busto Lago entienden que respecto de las lagunas del desarrollo se está frente a un incumplimiento del deber de informar al consumidor, sin perjuicio de la posible responsabilidad del Estado derivada de su función de contralor y autorización para la comercialización de los productos al mercado<sup>20</sup>. Este criterio que aquí se comparte, tiene su fundamento en que el deber de información respecto de la potencialidad dañosa deviene obligación principal en el marco del derecho del consumo, por imperio de lo dispuesto en el art. 42 de la Const. nacional y de los arts. 4, 5 y 6 –recordemos de orden público– de la ley de defensa del consumidor.

Recuerdan también los mencionados autores que, sin perjuicio de lo anterior, en el marco del derecho del consumo –aquí y en la legislación comparada– prima el factor de atribución objetivo –y solidario, agregamos–, que es el idóneo para proteger a las personas de los riesgos creados por la tecnología moderna y el complejo sistema de producción masiva, abandonándose, en no pocos supuestos, toda distin-

<sup>19</sup> Garrido Cordobera, Lidia - Busto Lago, José M., *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y derecho español*, Madrid, Reus, 2010.

<sup>20</sup> Garrido Cordobera - Busto Lago, *Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y derecho español*, p. 50, citando a Lambert-Fiebre, Ivonne, *La responsabilidad de los fabricantes por el hecho de sus productos en el derecho de la Unión Europea*, en “Responsabilidad por daños en el tercer milenio”, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1997.

ción entre responsabilidad contractual y extracontractual<sup>21</sup>. Todo ello sin perjuicio del amplio debate doctrinal que la temática de la reparación al consumidor por los riesgos del desarrollo genera, dada la insuficiencia de los límites tradicionales que la responsabilidad civil tiene para atender aceptablemente este tipo de moderna problemática.

Se hace necesario aquí, inclinarnos por propiciar la aplicación del principio precautorio<sup>22</sup> en cuanto a la protección de la vida y la salud, y desde lo contractual, ahondar en la aplicación del régimen tuitivo de derecho de consumo que ya se encuentra vigente en nuestro país, tanto respecto de sus principios como de sus instituciones fundamentales.

#### **4. Conclusiones**

La problemática de los riesgos del desarrollo y los avances científico-tecnológicos que tratamos en el acápite anterior involucran una serie de dimensiones que exceden el marco contractual de una mera relación de consumo para proyectarse en las instituciones sociales y jurídicas, las que deberán velar por un ejercicio ético de la ciencia y respetuoso de la dignidad del individuo.

El derecho está llamado a plasmar el consenso que rija la vida de la sociedad de una manera muy distinta a la que estamos acostumbrados. Las instituciones del derecho de familia han quedado insuficientes, por mucho, para ordenar la convivencia y hasta para reconocer la misma existencia de un ser como persona humana.

La contratación de un servicio de congelamiento de embriones es un contrato de consumo, nadie podría negar esta realidad desde la técnica jurídica. Sin embargo, reducir a las normas del derecho privado, por más tuitivas que sean, esta singular relación contractual es a todas luces un simplismo inaceptable tanto ética, humana como jurídicamente. Lo mismo sucede con la investigación con células madre, donde los mayores problemas ético-jurídicos refieren a su obtención y a su utilización<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Ya la doctrina, desde los albores de nuestra recepción legal del derecho del consumidor, hablaba de "responsabilidad negocial". Ver Farina, Juan, *Defensa de los usuarios y consumidores*, Bs. As., Astrea, 1994.

<sup>22</sup> Recuerdan Garrido Cordobera y Busto Lago que "Podemos decir que lo que sostiene al principio de precaución es la idea fuerza o base de la seguridad ante los daños, y la diferencia con la prevención radica en que funciona aun cuando la relación causal entre el daño y una tecnología no ha sido aun científicamente comprobado de modo indubitable, es un riesgo potencial; mientras que en la segunda esta situación ya es conocida y sólo cabe la duda de la producción en cada caso concreto, se esta aquí frente a un riesgo actual" (*Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y derecho español*).

<sup>23</sup> Sobre el particular, ver Casado, María, *Células madre, pre-embiones y pseudoembiones: problemas bioéticos en torno a la obtención de células madre*, en "Nuevos temas de derecho económico, propiedad intelectual y bioética. Homenaje a Salvador Darío Bergel", Bs. As., La Ley, 2008.

En este contexto, el debate sobre los avances y desafíos que plantea el derecho a la salud y sus interrelaciones con otras disciplinas es impostergable<sup>24</sup>. En síntesis, la sociedad avanza a una velocidad que el derecho necesita alcanzar con rapidez si deseamos habitar en un mundo con normas jurídicas vivas.

© Editorial Astrea, 2011. Todos los derechos reservados.



---

<sup>24</sup> Se ha dicho que “al margen de cuestiones más o menos filosóficas o teológicas, hay un espacio común en el que podemos converger creyentes y no creyentes, cristianos o no cristianos, más allá de definiciones más o menos aceptadas. Este espacio es la conducta que consideramos ética en su acepción más fuerte, normativa, que posibilita alcanzar acuerdos con carácter universalizable: es decir, la conducta ética que nos interpela directamente, en la defensa y promoción de los derechos humanos. Sin ello, las palabras sobre dignidad pueden sonar a vacías de contenido real” (Fabre, Francesc A., *La vida y su desarrollo. El embrión humano. Análisis crítico de la razón bioética*, en “Bioética y derechos humanos”, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, 2006, p. 19).