

**VOTO RAZONADO DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
CON RESPECTO A LA SENTENCIA DE  
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS  
EN EL CASO ALBAN CORNEJO Y OTROS (ECUADOR),  
EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2007**

**A) Protección de la salud y derecho a la vida, a la integridad y a la justicia**

1. En el examen y la resolución final del *Caso Albán Cornejo y otros* (Ecuador), en la sentencia del 22 de noviembre de 2007, la Corte Interamericana avanza nuevamente en las reflexiones sobre la protección de vida y la integridad, que se proyectan en la atención de la salud, derecho de los individuos, y el deber de proveer a ésta por diversos medios, obligación del Estado. Inicialmente, el Tribunal abordó esta materia en el *Caso Ximenes Lopes* (Brasil), a cuya sentencia también agregué un *Voto* razonado personal.

2. La protección de la salud no constituye, por ahora, un derecho inmediatamente justiciable, al amparo del Protocolo de San Salvador. Empero, es posible --y debido-- examinar el tema, como lo ha hecho la Corte en el presente caso, desde la perspectiva de la preservación de los derechos a la vida y a la integridad, e incluso desde el ángulo del acceso a la justicia cuando la vulneración de aquellos bienes jurídicos --entraña de los correspondientes derechos-- traiga consigo una reclamación de justicia.

3. En estos supuestos, como en otros, el deber estatal no se reduce a las hipótesis en que el Estado mismo, a través de sus propias unidades, órganos o funcionarios, provee servicios de salud --esto es, atiende en forma inmediata la protección de la vida y de la integridad personal--, como ha sido característico del Estado social e incluso del régimen de prestaciones, germen de un derecho social, establecido por el antiguo Estado asistencial en el campo de la salud pública. Aquella obligación de respeto y garantía comprende --así lo estableció la Corte en el *Caso Ximenes Lopes* y lo reitera en la sentencia a la que acompaño este *Voto*-- tanto las situaciones en que se ha delegado un servicio, que los particulares brindan por encargo y cuenta del Estado, como la indispensable supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, que es el caso de la salud, cuya vigilancia compete inexcusablemente al poder público. A la hora de resolver sobre violación de derechos humanos y responsabilidades del Estado no se puede perder de vista la naturaleza privada de la institución y de los empleados, funcionarios o profesionales que actúan en ella; pero tampoco la relevancia pública y/o social de la función que aquéllos y ésta han asumido, a la que no pueden ser ajenos el interés, el deber y la supervisión del Estado.

**B) Derechos y deberes en la atención de la salud**

4. En el presente caso viene a cuentas un tema relevante, cuya visibilidad y atención han sido crecientes en el curso de las últimas décadas, a medida que se modifica la relación médico-paciente --con profunda revisión de los principios de beneficencia y autonomía--, aumenta y se diversifica la demanda de servicios de salud, cambian los patrones de enfermedad y supervivencia, aparecen prestadores institucionales o empresariales de servicios de salud, etcétera. Es así que han cobrado

nueva presencia los derechos del paciente --y también los derechos del profesional de la salud--, inscritos en el marco de los derechos básicos del individuo.

5. Los bienes jurídicos en juego y los derechos del paciente se hallan en la base de la responsabilidad profesional médica, a la que concurren, como elementos primordiales, tanto los principios y las normas de la ética profesional que gobierna el ejercicio de la medicina, como las reglas técnicas que deben observar quienes la practican. Estas devienen cada vez más desarrolladas y exigentes, al paso en que prosperan la ciencia y la técnica. Sobre ambos cimientos se eleva la responsabilidad del profesional de la salud.

6. Por otra parte, la prestación del servicio de protección a la vida y a la integridad en el sector de los cuidados de la salud --con la consiguiente atribución de deberes y reclamación de derechos-- se ha difundido notablemente en la sociedad contemporánea, mediante la construcción y el funcionamiento de "sistemas nacionales de salud". En éstos figuran múltiples agentes del servicio y de las correspondientes obligaciones: prestadores privados y públicos, empresas y médicos, auxiliares de la salud, proveedores de insumos, y así sucesivamente. Nos hallamos, pues, ante una red amplísima de derechos y deberes cuya administración compete al Estado moderno, incluso en el supuesto de que éste se haya retraído de la prestación directa del servicio, y de la que derivan deberes específicos cada vez más complejos y numerosos, conectados con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales que se actualizan en este escenario: vida e integridad.

### **C) Normativa de la materia. Historia clínica.**

7. Tanto para la buena marcha del servicio de salud como para la apreciación de responsabilidades de diverso género --civil, administrativa, penal, laboral-- que pudieran derivar de la atención médica, reviste enorme importancia contar con una regulación comprensiva, suficiente y a la altura de las actuales circunstancias, que permita prevenir problemas y resolver con oportunidad y plenitud los que se suscitan en este campo.

8. Ya es copiosa la normativa nacional, como comienza a serlo la internacional --vinculante o indicativa-- acerca de la protección de la salud, en las diversas vertientes a las que me referí. Esta se desenvuelve generalmente a partir de disposiciones constitucionales de doble dimensión: por un lado, las que consagran el derecho a la protección de la salud, considerado como derecho individual fundamental; por la otra, las que distribuyen, en el seno del Estado, las competencias conducentes a esa protección, concebida como materia de interés público y protección estatal.

9. En el caso que ahora nos ocupa se suscitó cuestión a propósito del acceso a la hoja clínica o historia médica del paciente. No sobra destacar la importancia que reviste, para múltiples efectos, este registro amplio y evolutivo de las condiciones en que se halla y la atención que recibe un paciente, registro del que a menudo se carece o que no basta para satisfacer las necesidades para las que ha sido concebido. De ahí las numerosas disposiciones y recomendaciones en torno a la historia clínica: existencia, características, implicaciones, conservación.

10. También es preciso insistir --como se desprende del análisis de este caso-- en la necesidad de que el ordenamiento interno contenga puntuales disposiciones, que despejen dudas perturbadoras o alejen soluciones inaceptables, acerca de la comunicación de los datos que contiene el expediente médico, tanto en vida del

paciente --cuya capacidad de conocimiento y decisión pudiera hallarse disminuida o suprimida--, como una vez que éste ha fallecido.

11. Por supuesto, es preciso respetar con escrúpulo la intimidad del sujeto, pero también lo es remover obstáculos, con intervención de las autoridades que provean garantías de buen manejo, para los supuestos en que sea legítimo e indispensable (en función de la calidad de los solicitantes, las circunstancias prevalecientes y los fines que se pretende servir) acceder a datos que permiten adoptar decisiones urgentes o precisar responsabilidades insoslayables.

#### **D) Normativa de la materia. Responsabilidad. Tipo penal**

12. Otra cuestión que ha interesado aquí es la referente a las disposiciones sobre responsabilidad (de diverso orden, como dije, aunque a menudo pudiera ser penal) en caso de atención deficiente o desafortunada. El tema de la mala práctica --que de nuevo se conecta con cuestiones éticas y técnicas-- surge con intensidad y frecuencia. Para enfrentarlo es preciso contar con disposiciones que cubran tanto la prevención como la verificación y la reclamación, que pudieran desembocar en punición. Expedir ese aparato normativo, también constituye un deber específico del Estado, arraigado en la obligación de respeto y garantía que establecen los tratados internacionales de derechos humanos, cuya observancia le incumbe.

13. Hay diversos planteamientos a este respecto. Entre ellos figura la propuesta de elaborar tipos penales que contemplen la mala práctica punible: descripciones típicas con elementos propios en función de los bienes jurídicos tutelados, el sujeto activo (prestador del servicio de salud), el pasivo (paciente del servicio) y la relación entre ambos (atención de la salud), además de otras especificaciones instrumentales o circunstanciales.

14. La sentencia del presente caso ha resuelto, a mi juicio acertadamente, que no es indispensable incorporar a la normativa penal un tipo específico de mala práctica, que sería una figura generalmente culposa. Pudiera resultar suficiente con las normas generales (sin perjuicio de incluir calificativas: tipos calificados) acerca del homicidio o las lesiones --y acaso otros resultados que configuren conductas punibles--, a condición de que basten para atender con oportunidad, suficiencia y proporcionalidad todas las conductas ilícitas que pudieran presentarse, excluyendo espacios de completa impunidad o benevolencia inadmisibles, que acaba por ser impunidad.

15. Esta situación, que permite al Estado opciones de técnica legislativa, difiere de la que se presenta cuando un instrumento internacional, vinculante para aquél, contiene una descripción del hecho criminal, producto de una larga elaboración a la que concurren la preocupación y la decisión de la comunidad internacional. Tales son los casos, mencionados por la Corte en otras oportunidades --y en la propia sentencia a la que ahora me refiero--, del genocidio, la tortura y la desaparición forzada, por ejemplo. En éstos, la decisión legislativa del Estado se halla condicionada por una decisión normativa precedente, en la que también participó el Estado cuando ratificó el tratado internacional respectivo o adhirió a él, y en la que se hallan los elementos que "debe" contener la descripción típica interna.

16. Es cierto que el Estado puede reconstruir la descripción típica que hace la norma internacional, reformulando algún elemento o trayendo otros, pero también lo es que esa reconstrucción no debiera significar la reducción del trato penal de los

hechos, que es de obligatoria observancia para el legislador interno, sin perjuicio de que éste amplíe la protección penal del bien jurídico tutelado. Aquello plantearía una discontinuidad entre el deber estatal de cumplir la norma internacional de protección penal del bien o el derecho, y la decisión del legislador penal interno que fija el tipo. La discontinuidad pudiera significar incompatibilidad y generar, en su caso, responsabilidad internacional.

### **E) Cuerpos dictaminadores**

17. En este caso se ha tenido a la vista la argumentación que las partes formulan a propósito de la intervención que tuvo un órgano colegial (Tribunal de Honor), convocado a pronunciarse sobre determinados aspectos del tratamiento médico que recibió la paciente. Esto atrae el interés sobre el papel de los cuerpos colegiales que tienen a su cargo pronunciamientos sobre cuestiones éticas o técnicas. Tómese en cuenta que aquéllos pudieran ser jurídicamente relevantes para los miembros del colegio respectivo, para terceros que invocan una responsabilidad profesional o un derecho al conocimiento (certificado profesionalmente) acerca de determinados hechos, y en definitiva para la formación de criterios más o menos decisivos acerca de la prestación de servicios de gran importancia (como la protección de la vida y la integridad, a través de la atención de la salud) y las expectativas que al respecto puede abrigar una sociedad.

18. Ciertamente hay que distinguir entre los pronunciamientos de una agrupación privada, que existe y actúa por la sola voluntad de sus integrantes (aunque bajo las normas que rigen este género de personas colectivas: regularmente, mandamientos civiles) y cuyas decisiones poseen reducida trascendencia, y los de las entidades o instituciones creadas por un acto del Estado (una ley, por ejemplo) que les atribuye determinadas facultades con fuerza sobre la conducta y los derechos de sus miembros.

19. Asimismo, corresponde examinar el impacto o la trascendencia que esos pronunciamientos pudieran tener o pretender con respecto a terceros, ajenos a la corporación respectiva, tomando en cuenta si éstos disponen de ciertos derechos efectivos o son apenas testigos y, en cierto modo, destinatarios "impotentes" de las decisiones de la entidad. Y también es preciso deslindar si los acuerdos que ésta adopta condicionan, subordinan o mediatizan el ejercicio de obligaciones o potestades conferidas a órganos formales del Estado para el ejercicio de atribuciones naturalmente públicas, como la impartición de justicia o el control de los prestadores del servicio de salud.

20. Cuando no existe ese condicionamiento --como la Corte advirtió en el *Caso Albán Cornejo y otros*--, el Estado debe actuar conforme a sus atribuciones, sin más requisito o demora. Cuando existe, habrá que considerar la condición (que puede constituir requisito de procedibilidad, obstáculo procesal o cuestión prejudicial), y será preciso analizar, de *lege ferenda*, la pertinencia de mantener un condicionamiento que perturba el derecho de un tercero.

21. Las reflexiones que pudieran hacerse en este caso no sólo abarcarían, con las especificidades correspondientes, a los colegios de profesionales --en la hipótesis, un colegio médico--, que son cuerpos tradicionales de defensa y vigilancia gremial, *lato sensu*, sino también a otras figuras que hoy operan en la materia que nos atañe, y que

están llamadas a actuar en forma cada vez más relevante y decisiva. Tal es el caso de los comités o las comisiones de ética y bioética, ampliamente invocados y prohijados por instrumentos nacionales e internacionales e instituidos en centros de salud e investigación.

22. En todos estos supuestos, el quehacer de los cuerpos dictaminadores --cuyos acuerdos poseen diversa incidencia sobre la marcha de las instituciones a las que pertenecen y la conducta de las autoridades públicas-- se halla inmerso en una normativa nacional e internacional, general y sectorial, ética y jurídica, además de científica y técnica, que debieran conocer y aplicar adecuadamente. Es indispensable tomar en cuenta que sus decisiones, sugerencias y orientaciones ejercerán notable influencia sobre la definición y el ejercicio de los derechos y la comprensión y el cumplimiento de las obligaciones de quienes participan, bajo diversos conceptos, en la cotidiana relación entre los prestadores y los demandantes de servicios que comprometen la vida y la integridad de las personas.

#### **F) Derechos humanos y bioética**

23. Diré, a propósito de las cuestiones que estoy mencionando en este *Voto*, que en el desarrollo del *corpus juris* interamericano sobre derechos humanos --pendiente de que se resuelva el amplio déficit que aún existe en lo que respecta a suscriptores y ratificadores de la Convención Americana, sus protocolos y los convenios específicos relacionados con derechos humanos-- deben contemplarse ciertos temas de suma trascendencia y actualidad (o de antigua vigencia) sobre los que aún no existen declaraciones regionales y mucho menos tratados vinculantes. Entre ellos figuran las conexiones entre la bioética y los derechos humanos, que han sido materia de abundante trabajo a escala mundial, sobre todo en el marco de la UNESCO y de la profesión médica. Considérese también, en el plano regional europeo, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano, de Oviedo (4 de abril de 1997). En éste se prevé, por cierto, una ampliada legitimación para requerir dictámenes consultivos de la Corte Europea de Derechos Humanos.

24. Son plausibles, en mi concepto, las iniciativas de avanzar en el examen y la emisión de una declaración y, en su hora, de un tratado que examine y oriente en América --o por lo menos en Latinoamérica-- la atención de esta materia, sembrada de interrogantes y claroscuros. La presencia de un instrumento regional, asociado a los internacionales generales y especiales, tiene sentido en la medida en que puede cargar el acento sobre problemas que revisten particularidades en los países del área, habida cuenta de condiciones de pobreza, falta de información, insuficiencia tecnológica, existencia de grupos vulnerables, cobertura de los servicios de salud, etcétera.

#### **G) Prescripción de la pretensión punitiva**

25. Hay un punto de la sentencia sobre el que conviene llamar la atención. Me refiero a la prescripción de la acción penal para perseguir cierto hecho que implica responsabilidad penal médica (en rigor, prescripción de la pretensión punitiva). Al reflexionar sobre esta materia es preciso traer a cuentas lo que la prescripción significa en el espacio de las defensas del inculpado, y por lo tanto de sus derechos sustantivos y/o procesales, y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera

sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina.

26. La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de éstos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del *corpus juris* y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno.

27. El Derecho internacional de los derechos humanos ha traído consigo una relectura de ciertos derechos, a veces asociados a los grandes dogmas del liberalismo que introdujo preciosas reformas en la vieja regulación penal, sobre todo a partir del siglo XVIII. No diré que la garantía de prescripción (que sustrae al autor de un delito de la exigencia de responsabilidad penal) sea necesariamente uno de esos "nuevos derechos releídos". La regla de prescripción --en la que juega el dilema entre justicia y seguridad-- proviene de mucho tiempo atrás. Sea lo que fuere, ha constituido y constituye, conforme a la regulación penal más constante, una defensa del inculpado, y figura bajo ese título en el catálogo de los derechos de los que éste puede echar mano para oponerse a la persecución penal del Estado.

29. La tutela de los derechos humanos frente a violaciones especialmente graves e insoportables, que pudieran quedar a salvo de sanción --diluyendo el deber de justicia penal derivado de la obligación de garantía que incumbe al Estado--, ha llevado a excluir ciertos hechos del régimen ordinario de prescripción, e incluso de un trato prescriptivo más riguroso instalado sobre determinadas condiciones y plazos más prolongados, que tienden a mantener viva la potestad persecutoria del Estado.

30. Ahora bien, esa imprescriptibilidad de la pretensión (y, en su caso, de la potestad de ejecución) no debiera extenderse a cualquier hipótesis delictuosa. La reducción o exclusión de derechos y garantías tiene carácter extremo en el examen sobre la pertinencia de mantener ciertos derechos tradicionales, cuando se quiere proveer, por aquel medio riguroso, a la mejor protección de otros derechos y libertades. La supresión de derechos acostumbrados debe ser, por lo tanto, excepcional, no regular o rutinaria, y vincularse precisamente con las más graves violaciones a los derechos humanos (habida cuenta de la evolución contemporánea del orden jurídico internacional: Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario, Derecho internacional penal, con amplio desarrollo normativo y examen jurisprudencial y doctrinal).

31. Es así que se considera la entidad o magnitud de esas muy graves violaciones para justificar la reducción de derechos y garantías ordinariamente aplicables, como sucede en el supuesto de la prescripción. Esto no conduce a desestimar o soslayar la importancia de un hecho específico, como el que se ha puesto *sub judice* del orden nacional en el presente caso, sino a razonar la pertinencia de que la prescripción opere en ese extremo. En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su

jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna.

Juez Sergio García Ramírez  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario