

EL DOLOR COMO DAÑO RESARCIBLE

Santiago J. Rubinstein
Presidente de la Sociedad Argentina de Derecho Laboral

INTRODUCCIÓN

Cuando presentamos (1) el dolor como daño autónomo resarcible, lo hicimos no solamente pensando en las normativas civilistas y en su pacífica doctrina acerca del “pretium doloris” y del daño moral, sino que consideramos que la problemática del dolor crónico debía ser defendida a ultranza, para ello es fundamental recurrir al derecho a la salud.

Los Dres. Morello(2) afirman:”La segunda mención cardinal es el notorio ascenso que en la estructura y ensamble de esos Derechos Humanos Trascendentales le cabe hoy y así es reconocido, el derecho a la dignidad de la vida....Que, veremos también, conlleva casi como consecuencia necesaria y formando parte del contenido y como componente o factor de máxima relevancia, el derecho a la salud”.

Consideramos que en el marco de los derechos personalísimos y como emergente del derecho a la vida, se incluyen el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica y al respeto de la persona humana.

Cuando hablamos de los derechos humanos, debemos recordar que el dolor físico crónico en las personas, debe protegerse como derecho fundamental, sin hacer interpretaciones civilistas restrictivas, porque la ciencia está reconociendo los métodos de medición y cuantificación del dolor físico, influyendo en las nuevas concepciones en defensa de los derechos personalísimos.

El derecho a la dignidad de la vida debe integrarse con las distintas corrientes científicas que procuran defender el derecho a la salud, entre ellas, la nueva cultura médica y jurídica, con sus propuestas inteligentes que coadyuvan al mejoramiento de las personas.

Otra cuestión de importancia para avalar nuestra teoría, es la concepción de la calidad de vida y la relación bio-psico-social de los sujetos.

D’Alvia(3) menciona la:

- 1) Dimensión biológica, referida a las características físicas, con inclusión de sus resistencias y vulnerabilidades orgánicas.
- 2) Dimensión psicológica , que comprende a los procesos afectivos y a las emociones en sus diversas manifestaciones.
- 3) Dimensión social , que abarca los valores socioeconómicos y el rol de la organización social a la que la persona pertenece.

El concepto “calidad de vida” vinculado a la problemática de la salud, tiene relevancia en el tratamiento del dolor físico, ya que desde hace tiempo se incluye el concepto de bienestar junto a otros valores vinculados al concepto salud- enfermedad.

Oportunamente dijimos(4)” Con las precedentes premisas, ingresamos a la problemática del dolor que nace en la más remota antigüedad y que siempre se consideró como un síntoma para detectar determinadas patologías.

Actualmente existen serios estudios que avalan la teoría que el dolor también se presenta como enfermedad, en especial cuando es crónico y su intensidad es elevada”

El concepto salud-enfermedad es necesario vincularlo en el contexto histórico, donde emergen la desigualdad, el desempleo y la exclusión social. Existen serios estudios que analizan el problema de la pobreza con la incidencia en la protección de la salud.

El dolor requiere de tratamientos especiales que muchas veces resultan de difícil acceso al grueso de la población, a raíz de las desigualdades sociales imperantes en Latinoamérica.

El preámbulo de la Constitución Nacional hace referencia expresa a: "promover el bienestar general" y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, destaca "la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos...con el propósito de garantizar la dignidad..."

El derecho a la vida surge implícitamente de la norma del art.33 de la C.N. ya que no obstante que no se halla enumerado, surge de la armonización de toda la filosofía constitucional y de su texto en su concepción integral.

El art. 42 de la Constitución Nacional hace referencia "a la protección de su salud" y el art.75 inc. 23 dice expresamente: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho que "...el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional(Fallos 302:1284; 310:112; 323:1399). También el Alto Tribunal, ha entendido que la vida de los individuos y su protección- en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo...(Fallos 323: 1339).

Bidart Campos(5) sostenía que " Cuando se enfoca el derecho a la salud, como cualquier otro derecho, hay que recapacitar muy bien so-bre varios puntos: a) a favor de quién se reconoce(sujeto activo o titular del derecho); b) frente o contra quién (sujeto pasivo) se es titular del mismo derecho; c) cuál es la obligación del sujeto pasivo (abstenerse de impedir o dañar el derecho, dar algo o hacer algo); d) si hay posibilidad de articular y usar una vía compulsiva para obtener el cumplimiento de la obligación que tiene el sujeto pasivo frente al sujeto activo".

El dolor crónico y persistente en el tiempo, está inmerso en el derecho a la salud y en consecuencia tiene el amparo de la normativa constitucional.

Mario D´Onofrio (6) afirma que: "No es menos importante una problemática de carácter definitorio, siendo el derecho a la salud indicado por la Constitución solo abstracta y nominalmente; es fácil intuir que existen una multiplicidad de casos concretos en los cuales es difícil establecer si el daño sufrido por una singular persona sea subsumible en la categoría general del daño a la salud, y requiera por tanto la aplicación de los relativos criterios de comprobación y liquidación".

Más adelante, D´Onofrio nos dice: " Es necesario, aún, que la incidencia sobre la calidad de vida presente una entidad significativa, para evitar que se atribuya relevancia a cualquier experiencia poco placentera, o forma de penuria..",

EL DAÑO RESARCIBLE

El dolor crónico e irreversible puede tener su origen en un accidente laboral, en una enfermedad profesional o en un accidente de tránsito y las consecuencias

nocivas- muchas veces- no son evaluadas por limitarse el daño al hecho que se considera principal en la pericia médica, especialmente por carecer los baremos de la asignación de incapacidad en la valoración integral de la víctima.

La ciencia médica considera al dolor crónico y persistente- como una verdadera enfermedad- por lo tanto negar su acogimiento, resulta un cercenamiento ilegítimo de los derechos de la víctima.

Podemos decir como Agoglia (7) “ En suma, no existen limitaciones establecidas legislativamente en cuanto al tiempo de producción del daño jurídico resarcible, siempre que exista la debida intensidad de nexo causal entre el evento y su resultado nocivo”.

Bueres(8) menciona a la Corte Costituzionali italiana, expresando que a partir del año 2000, hace referencia al daño existencial, “ algo así como la realización de la persona humana, del proyecto de vida, de la relación del individuo con los demás..”

Cassano (9) refiriéndose al daño existencial expresa que:” se manifiesta en renunciaciones a las actividades cotidianas de cualquier tipo, en compromisos de las propias esferas de desarrollo personal, en definitiva en

aquel non facere que constituye el presupuesto de las pérdidas de las habilidades cotidianas..”.

El dolor físico crónico constituye un daño irreversible, que evaluado correctamente debe tener su compensación monetaria, porque contrariamente quedaría excluido del sistema reparador, constituyendo para la víctima una grave injusticia.

Sostuvimos (10) que “ indemnizar el dolor como daño autónomo, nada tiene que ver con la expresión “ precio del dolor”, pues esta última, involucra a los sentimientos, que están subsumidos en el daño moral. En realidad se trata de una desafortunada expresión metafórica, que originó el caos conceptual señalado”.

Desde la óptica jurídica no es posible involucrar el dolor en el daño moral porque la ciencia nos está advirtiendo que actualmente el dolor puede ser objetivo y que existen métodos de medición para evaluar la intensidad del mismo.

Tenemos dicho(11) que:” Existe una secuela importante cuando estamos en presencia de un dolor crónico, y además constituye un daño a la persona que debe ser reparado, con independencia del aspecto moral o afección en los sentimientos”.

Zavala de González (12) que se opone a nuestra teoría del dolor como daño autónomo resarcible y que cita a Cifuentes cuando expresaba “ por ahora” no es posible medir física y espiritualmente los padecimientos espirituales, de condición satisfactoria, a través del dinero u otros medios que neutralicen el dolor”. La eminente civilista mencionada precedentemente, después de transcribir nuestro concepto diferencial entre dolor y sufrimiento, dice:” Por eso y al margen de no compartir esa supuesta autonomía del dolor, quedan en pie las restantes observaciones..”

Es importante observar la importancia del sufrimiento de la víctima de un dolor crónico y persistente, ya que (13) “ El derecho ya no dirige como antes su mirada al autor de un daño, sino más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca reparar el mal sufrido...”.

El dolor físico no es el que la jurisprudencia erróneamente consideraba como “ el precio del dolor”, ya que este último debe considerarse como daño autónomo indemnizable, sin perjuicios de las valoraciones del daño moral.

Está claro que el daño moral es un concepto referido a los sentimientos de una persona, a su parte afectiva y que puede ser consecuencia de un dolor físico, pero no necesariamente debe pensarse en el aspecto patológico, sino que sus raíces tienen la profundidad del alma.

Es evidente que la doctrina no consideró al dolor como daño autónomo resarcible, sino que lo incluyeron en la afectación moral, como daño a los sentimientos, como una tarifa por los placeres cercenados y en definitiva, como subrogación del dinero por el dolor.

El dolor físico crónico y persistente a través del tiempo, debe ser objeto de resarcimiento porque produce efectos jurídicos.

Fernández Madero(14) expresa que el daño moral está subsumido en la categoría de “daño a la persona”, agregando que:” Como resultado de esto y en opinión de Sessarego, se ganaría mucho con la desaparición de la categoría de daño moral, pues este se encuentra limitado al reducirlo al precio del dolor soportado por la víctima, por lo que propone la apertura “ del daño a la persona” a consideración como un todo, estableciendo una nueva categoría”.

La opinión precedente confirma nuestra tesis en el sentido de la confusión reinante entre daño moral y el precio del dolor. Es por ello que el Dr. Orgaz- en su clásico “ El daño resarcible”, sostenía:” De esta confusión no pueden derivarse conclusiones sensatas, sino desorbitadas: cuando se dice, por ejemplo, que “las lágrimas se pagan con dinero...” En nuestro libro citado ut-supra(15) seleccionamos importante jurisprudencia con el propósito de demostrar la anarquía reinante sobre los conceptos de daño moral, daño físico y el llamado” pretium doloris.

EL DOLOR CRÓNICO EN LOS PRINCIPALES PAÍSES

El dolor crónico es de tal envergadura que en los principales países de Europa y también en USA, se difunden estadísticas(16) que confirman la importancia de la dolencia mencionada.

ITALIA

11 millones de personas sufren dolor crónico.

ALEMANIA

Por año se invierten 40 millones de euros en terapias de dolor crónico.

La duración media del dolor crónico es de 11,5 años.

Se registran 3000 suicidios por año de pacientes con dolor crónico que no fueron controlados.

INGLATERRA

Por dolor crónico, la incidencia de incapacidad para el trabajo, supera el 50% en los trabajadores afectados de osteoartritis.

ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

El dolor crónico es la causa del 20% de las demandas por invalidez. Representa la mayor fuente del gasto sanitario(100 millones de dólares por año).

Los pacientes con dolor crónico utilizan el sistema de salud cinco veces más que la población sana.

ESPAÑA

Según un estudio de valoración clínico-epidemiológica del dolor crónico en Unidades del dolor(17) realizado por la Sociedad Española del Dolor en el año 2000, cerca de un millón de personas han permanecido más de 200 días de baja laboral con motivo del dolor.

Como se puede observar el dolor crónico constituye un problema sanitario de envergadura en Europa y en el mundo occidental, con seria repercusión en la economía.

MEDICIÓN DEL DOLOR

En mi libro (18) citado precedentemente hicimos referencia a varios sistemas para evaluar y medir el dolor y ahora ampliando los mismos, podemos citar los siguientes:

1) Escala de Andersen, que valora el dolor desde el punto de vista dinámico y lo cuantifica en reposo, con movimientos ligeros y con la tos. Incluye métodos de observación, ya que se puede utilizar cuando existe problema de comunicación con el paciente.

2) También hay autores (19) que ofrecen las siguientes tablas:

TABLA 1

0,5	mínimo
1	muy leve
1,5	entre muy leve y leve
2	leve
2,5	entre leve y moderado
3	moderado
3,5	entre moderado y medio
4	medio
4,5	entre medio y bastante importante
5	bastante importante
6	importante
6,5	entre importante y muy importante
7	considerable

La tabla precedente solo sirve de orientación, pues es complementada con otra, como segunda fase de profundización:

TABLA 2

0,5 Sin internación, intervención quirúrgica, reeducación- tratamiento analgésico de duración breve- tratamiento itinerante de algunos días.

1,5 hospitalización de 1- 2 días con intervención quirúrgica menor.

Terapia analgésica por 1-2 semanas- tratamiento itinerante.

De 2 semanas

2 Inmovilización de un miembro o del cuello por dos o tres semanas.

Internación por menos de una semana- 10 o 15 sesiones de reeducación- tratamiento itinerante de quince días de duración.

3 Intervención quirúrgica con anestesia general o local-regional.

Internación de una a tres semanas- alrededor de 30 sesiones de reeducación- tratamiento itinerante de dos a cuatro meses.

4 Numerosas intervenciones quirúrgicas- inmovilización con prótesis y/o fijador externo y/o intervenciones sobre más segmentos de los miembros- Internación de 1 o 2 meses- rehabilitación durante muchos meses- tratamiento itinerante de seis meses.

5 Múltiples internaciones quirúrgicas por largos períodos- internación de 2-6 meses- tratamiento itinerante de 6-12 meses.

6 Intervenciones quirúrgicas múltiples- internación cerca de un año. Rehabilitación muy prolongada- tratamiento itinerante por alrededor de 18 meses.

7 Todo lo que supere los anteriores por intensidad y duración.

De este segundo baremo se derivó una tabla clínica más analítica en la cual se consideran las lesiones más frecuentes y que, según la intención de los autores, puede ser usada, por analogía en los casos no contemplados directamente.

TABLA 3

0,5 Contusión benigna, suspensión del trabajo y terapia analgésica de duración breve.

1 Herida suturada en ambulatorio u hospitalización de 1-2 días. Lesiones dentales.

1,5 Trauma de cráneo con pérdida de conocimiento que requiera control hospitalario durante 48 hs., contusión cervical o fractura de costilla con necesidad de internación breve, tratamiento analgésico de 15 días- tratamiento itinerante de una semana.

2 Distorsión cervical con collar por alguna semana, hospitalización de algunos días, algunas sesiones de rehabilitación, suspensión del trabajo por un mes- fractura de muñeca tratada con yeso- fractura de un dedo inmovilizado con varilla y necesidad de rehabilitación.

Herida de tendón saturada, rehabilitación y suspensión de la actividad por un mes, fractura de más costillas o del esternón sin complicaciones.

3 Fractura de hueso largo con osteosíntesis, hospitalización de una semana, inmovilización de dos meses, suspensión de trabajo de 2-3 meses, fractura de mandíbula con inmovilización de más semanas, fractura vertebral tratada con osteosíntesis o inmovilización prolongada, cirugía del bazo por vía laparoscópica.

4 Fractura de miembros inferiores con varias cirugías, inmovilización prolongada, hospitalización de un mes, rehabilitación de más meses, tratamiento itinerante de 6 meses, trauma torácico grave con hospitalización de 1-2 semanas- trauma de cráneo grave con intervención o reanimación de semanas y rehabilitación de meses.

5 Paraplejía con hospitalización de 1-2 meses y 3-6 meses de rehabilitación. Trauma cráneo encefálico grave con reposo de más de 1 mes y rehabilitación por 4 a 6 meses- politrauma(lesiones de más segmentos de miembros, lesiones vasculo- nerviosas- pseudo artrosis u osteomielitis.

6 Tetraplejía, trauma gravísimo de cráneo, quemaduras gravísimas.

7 Sufrimiento excepcionalmente prolongado e intenso que supere las descripciones precedentes.

Las tablas precedentes responden al modelo francés que involucra a los sufrimientos físicos y psíquicos, a través de parámetros de valoración como el diagnóstico de las lesiones, el tipo de tratamiento y el período de ausencia laboral.

También otros doctrinarios de la medicina legal (20) aportan las siguientes escalas:

1) VAS (Visual Analogue Scale), representada por un segmento de 10 centímetros, o por una regla de igual longitud, numerado solamente del lado del observador. En la base del segmento se coloca la indicación "ningún dolor" y en el vértice "el dolor más fuerte imaginable". El paciente es invitado a indicar el punto del segmento que mejor representa la intensidad de su dolor.

2) NRS (Numerical Rating Scale), representada por un segmento que se propone al paciente, pero en esta oportunidad numerado de 0 a 10. Con frecuencia se utiliza una simple evaluación numérica verbal, pudiendo definir subjetivamente el grado de dolor con una calificación de 0 a 10.

3) Las escalas multidimensionales nacen en respuesta a la necesidad de evaluar el dolor en forma global. Consisten en una especie de cuestionario con simples preguntas que observan la actividad cotidiana del paciente, las modalidades de su desenvolvimiento y las dificultades eventualmente halladas. En síntesis, se evalúa el impacto del dolor sobre la calidad de vida del individuo.

La escala más utilizada por rapidez y simplicidad de compilación es la llamada BPI (Brief Pain Inventory). Está compuesta por 15 ítems relativos a las condiciones de las últimas 24 horas y el tiempo necesario para que la compilación no supere los 10 minutos. La colaboración de los pacientes es generalmente buena.

Similar a la escala anterior, se utiliza el MPQ (Mc Gill Pain Questionarie), que tiene las mismas características y existe también en forma normal(20 ítems) o reducida (15 ítems)

OTRAS ESCALAS

Hay escalas orientadas en base al tipo de dolor(por ejemplo la escala de Galer para el dolor neuropático) o en base a la región interesada, por ejemplo la escala de Owesry para la región dorso- dolor lumbar, o el Neck Disability Index(NDI) para la problemática específica de las vértebras cervicales, en particular después del “golpe de látigo”.

El dolor crónico representa una enfermedad verdadera y propia, con alteraciones a nivel neuro-funcional y psico-compartamental, por ello es conveniente la simplificación de las evaluaciones con sistemas presuntivos de cómo establecer un dolor crónico, teniendo presente la real condición del paciente.

CONCLUSIONES

Como epílogo de los fundamentos precedentes, decimos que:

- 1) El dolor ha sido estudiado desde la antigüedad, pero en general fue considerado como síntoma.
- 2) La calidad de vida tiene una vinculación íntima con el dolor crónico, que actualmente se lo considera como una verdadera enfermedad.
- 3) El dolor crónico constituye un verdadero daño a la persona, por ello consideramos que es un daño autónomo resarcible.
- 4) El dolor crónico está subsumido en el derecho a la salud, de raigambre constitucional.
- 5) La mayoría de los baremos omiten contemplar el dolor crónico con independencia de la lesión o afección principal, o sea que si un paciente tuvo triple fractura de pie y solamente le queda el dolor crónico, en general , no se le asigna incapacidad alguna.
- 6) No debe confundirse el “pretium doloris” o el daño moral, con el dolor físico, a fin de cuantificar el daño.
- 7) Actualmente la ciencia está en condiciones de medir el dolor crónico y por ello, es posible su cuantificación en el derecho de daños.

BIBLIOGRAFÍA

- 1) Rubinstein, Santiago, “ El Dolor como Daño Autónomo Resarcible”. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.
- 2) Morello, Augusto Mario y Morello, Guillermo Claudio, “ Los Derechos Fundamentales a la Vida Digna y a la Salud”, Librería Editora Platense, La Plata, 2002, p. 65.
- 3) D´ Alvia, Rodolfo, Compilador, “ Calidad de Vida- La relación bio- psico-social del sujeto”, Lugar Editorial, Bs.As. 2005, p.7 (del prólogo de Rodolfo D´ Alvia).
- 4) Ibídem 1) p. 9 (introducción).
- 5) Bidart Campos, Bidart J., en “ El Derecho a la Salud en las Américas- Estudio Constitucional Comparado” . Editores Hernán L. Fuenzalida-Puelma/ Susan Scholle Connor(Organización Panamericana de la Salud) Washington, 1989, p.32.
- 6) D´Onofrio, Félix, “ El Dolor- Un compañero incómodo”, Ed. San Pablo, Buenos Aires, 1993.
- 7) Agoglia, María Martha, “ El Daño Jurídico” - Enfoque Actual”, La Ley, Bs.As., 1999, p. 64.
- 8) Bueres, Alberto J., en “ Daño resarcible” de Carlos A. Calvo Costa. Ed. Hammurabi, 205, ps. 25/6.
- 9) Cassano, Giussepe, “ El Daño Existencial”, en “Responsabilidad Civil y Seguros” . Ed. La Ley, Bs.As. 2002, N° 2, p.41.
- 10) Ibídem 1) p. 45.
- 11) Ibídem 1) p. 48.
- 12) Zavala de González, Matilde, “ Resarcimiento de daños- Cuánto por daño moral”. Ed. Hammurabi, JoséLuis Depalma, Editor, Bs. As. 2005, p. 108.
- 13) Vázquez Ferreira, Roberto A., “ Responsabilidad por Daños(Elementos), Ed. Depalma, Bs.As. 1993, p.13.
- 14) Fernández Madero, Jaime, “Derecho de Daños- Nuevos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales”. Ed. La Ley, Bs.As. 2002, ps.112/113.
- 15) Ibídem 1).

16) Valdini, Marcelo, "Il Dolore Nella Valutazione del Médico Legale." Giuffré Editore. Milano, Italia, 2007, ps. 28/9. (Traducción de la Dra. Lucía M. Giacardi).

17) Muriel, Clemente, "Estructura y funcionamiento de las unidades de dolor", Arán Ediciones, Madrid, 2007, p. 31.

18) Ibídem 1) p. 51 y siguientes.

19) Ibídem 16) ps. 124/5/6.

20) Ibídem 16) ps. 35/36.