

Especialización en Medicina Legal

Trabajo Final de Especialización

Autor: César Gustavo Batista

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO MÉDICO

2013

Citar como: Batista, C. G. (2013). La autonomía de la voluntad en el derecho médico. [Trabajo Final de Especialización, Universidad ISALUD]. RID ISALUD.

REPOSITORIO
INSTITUCIONAL DIGITAL
(RID ISALUD)

BIBLIOTECA ISALUD
DR. NÉSTOR RODRÍGUEZ
CAMPOAMOR
VENEZUELA 847, CABA.

INDICE

	Nº Página
RESUMEN.....	3
1. Introducción.....	4
2. Planteamiento del Tema.....	5
3. Desarrollo.....	5
3.1 Los Derechos Personalísimos.....	5
3.2 La Autonomía de la Voluntad.....	6
3.3 La Consagración del Ppio. en Nuestra Legislación.....	8
3.4 El Derecho a la Información en la Leg. Nacional.....	11
3.5 El Derecho a la Información en la Ley de Trasplantes	16
3.6 El Consentimiento Informado.....	21
3.7 El Consentimiento Informado en la Leg. Vigente.....	28
3.8 El Rechazo al Tratamiento Médico.....	33
3.9 Leyes que Incorporaron el Derecho a la Información y el Consentimiento Informado.....	37
3.10 Las Directivas Médicas Anticipadas.....	41
4. Conclusiones.....	46
5. Bibliografía.....	47

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda el Derecho de Autonomía de la Voluntad centrado en la relación médico paciente y encuadrado en el marco legal vigente en la República Argentina actual, haciendo referencia al devenir histórico, los antecedentes y la normatización en el derecho comparado, a ese efecto sucesivamente se profundiza sobre el Derecho a la Información, el Consentimiento Informado y las Directivas Anticipadas, todos ellos Institutos de reciente inclusión legislativa en el ámbito nacional de nuestro país. En el período que va desde el año 2009 con la promulgación de la Ley N° 26.529 hasta el año 2012, con la Modificación que surgió con la Ley N° 26.742 y la Reglamentación de la Norma se produjo a mi criterio en nuestro país una verdadera "Revolución Legislativa", en un período de cuatro años se plasmó en la letra de la ley la tendencia de los últimos treinta años donde a través de posturas doctrinarias y fallos judiciales los Derechos Humanos que asisten al paciente en su esencia de persona humana se venían abriendo paso para hacer eclosión. En este sentido Argentina es modelo en toda Latinoamérica de desarrollo legislativo y pionera en muchos aspectos. El objetivo es reflexionar acerca de la trascendencia y alcances de estos derechos. Para lograr este cometido me propongo develar como se enuncia, cómo se fundamenta y cómo se manifiesta en el mundo jurídico, destacando de sus características aquellas cuya presencia se detecta en la legislación, doctrina y jurisprudencia más significativas en los últimos años. Finalmente presento las conclusiones sin más pretensión de que algún colega al leerlo incorpore un algo de toda esta nueva normativa que el médico en su ejercicio profesional diario debe tener presente a los fines desarrollar la profesión de acuerdo a la Lex Artis.

Palabras clave: derechos - autonomía - voluntad - información- consentimiento - directivas.

1. Introducción

Los derechos humanos son, tal vez, una de las mayores conquistas del ser humano, sobre todo en el siglo pasado donde alcanzaron su apogeo en el derecho comparado. Esta tutela jurídica alcanza prácticamente todas las actividades de la vida de relación del hombre. La medicina no es ajena a su influencia, y dentro de ella la MEDICINA LEGAL como especialidad que establece un nexo con el derecho, específicamente en su división conocida como Deontología Médica, es el ámbito donde se enmarcan los derechos y obligaciones del Médico en la conformación del binomio relacional médico – paciente.

Es en este marco de relación médico – paciente donde surge la Autonomía de la Voluntad como derecho personalísimo que asiste al enfermo y lo resguarda en todo lo que se refiere a su salud, su cuerpo, su conciencia, su futuro, su capacidad de decidir.

Pero este derecho personalísimo se enmarca también dentro de los principios bioéticos junto con el Principio de Beneficencia, y es justamente entre estos dos paradigmas donde se produce una suerte de teoría del contrapeso¹ que sitúa a uno u otro de estos principios con supremacía por sobre el otro, y es así que en la primera mitad del siglo XX el principio de beneficencia se configuró como el paradigma a seguir en la relación médico- paciente, conformándose el llamado paternalismo médico que ponía al galeno en una posición de preponderancia absoluta sobre el paciente, en una postura que no daba lugar a petición ni interposición alguna, desalojando al paciente y relevándolo de la posibilidad siquiera de ser oído.

Pero esta relación de fuerzas comenzó a torcerse a favor del Principio de Autonomía de la Voluntad, y ello se hizo evidente en la segunda mitad de la centuria pasada y sobre todo en las últimas dos décadas.

Los diferentes fallos judiciales referidos a conflictos y reclamos en este campo conformaron una amplia jurisprudencia² que pone acento en los derechos del paciente y que tanto en el derecho anglosajón como en el latino y especialmente en nuestro país construyeron una defensa férrea del principio de Autonomía de la Voluntad y el legislador en los últimos cuatro años lo desarrolló en el plexo legislativo local en una producción muy prolífica de normas consecuentes.

Planteado así el encuadre, se desprende de este Derecho de Autonomía una serie de cuestiones que se entrecruzan constituyendo un plexo normativo de derechos que tutelan al paciente y obligan al médico a respetar en este sentido la voluntad del enfermo.

¹ Teoría de los Frenos y Contrapesos de Montesquieu, que planteaba el equilibrio que debían primar en la República entre los diferentes poderes que conforman el Estado.

² 1ª Instancia en lo Civil N° 9 1986- L.L. 1987 A-84; Causa 42.157 s/ Amparo J.A. 30/11/94; Caso "Parodi" 11/12/95 "El Derecho" 11/12/95 T. 165 p. 360). C.S.J.N 02/08/2005, S.;C., con nota de Catalina Elsa Arias de Ronchietto; La Ley 2006-B, 348, La Ley 17/08/2005, 17/- La Ley 2005-D, 873- D.J. 2005-3, 328, con nota de Alejandro F. Bosch Madariaga (h.); (ver doct. De Fallos 323:91; 328:2870).

Del Principio de Autonomía se desprenden los conceptos de Derechos del Paciente a que se le proporcione información relacionada con su padecimiento y las conductas aplicables, de allí surge la plataforma para que se obtenga el Consentimiento Informado, la toma de decisiones a futuro sobre procedimientos médicos origina las Directivas Anticipadas y esto se relaciona estrechamente al ocaso del ensañamiento terapéutico que deviene en la denominada Muerte Digna.

Estos lineamientos configuran la trama sobre el que versa el presente Trabajo de Investigación, que sin dejar de hacer un racconto de cómo el Principio Rector fue evolucionando en el siglo pasado se centra sobre todo en cómo está plasmado en la moderna legislación de la República Argentina de nuestros días.

2. Planteamiento del Tema

Este Trabajo de Integración tiene por objetivo principal alertar sobre la importancia que tiene para el Médico en general y para el Especialista en Medicina Legal en particular, conocer la Inclusión del Principio de Autonomía de la Voluntad como Derecho Personalísimo en nuestro plexo normativo, tomando en consideración que la vulneración del mismo puede ser motivo del desarrollo de responsabilidad médica tanto en el ámbito civil como en el penal y a estos fines lograr:

- 1) Individualizar las normas en el Derecho Argentino actual que tengan como núcleo de fundamento el Principio de Autonomía de la Voluntad.
- 2) Desarrollar el Concepto de Consentimiento Informado, el Derecho a la Información y la obligatoriedad en la práctica médica cotidiana, conocer que normas lo contemplan, cuales son los requisitos de implementación así como las excepciones del mismo.
- 3) Desarrollar el Concepto de Directivas Anticipadas como innovación reciente de nuestra legislación, profundizar sobre su aplicabilidad en la práctica médica y su fundamento, así como su sustrato y sus requisitos formales.

3. Desarrollo

3.1- Los Derechos Personalísimos

Los derechos personalísimos (también denominados derechos de la personalidad) son derechos subjetivos, privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical. Dentro de ellos, adquieren especial relevancia como principio del que partimos, el derecho a la

propia vida y las facultades respecto del propio cuerpo, a la salud y a la integridad física en sus diferentes manifestaciones. (Highton, Elena I.)³.

El derecho a la vida forma parte de este núcleo particular de derechos y como desprendimiento de éste, el derecho humano a la salud, como resguardo primario de la persona a los fines de desarrollarse en un medio sociocultural.

El derecho de la persona a aceptar o rechazar determinadas prácticas médicas que van a llevarse adelante sobre su propio cuerpo y su salud también forman parte de estos derechos que el legislador dotó de los mayores resguardos constitucionales, porque constituyen derechos que trascienden los ordenamientos jurídicos de una nación, son transnacionales porque protegen o tutelan la esencia del ser humano como persona.

Entonces podemos afirmar plenamente que el derecho de autonomía de la voluntad en todos los planos que hacen al ser humano constituye un derecho personalísimo, inescindible de la propia persona, es por ello que dentro del ámbito de la medicina el paciente puede ejercerlo en todo momento y de ninguna manera se lo puede transgredir y ello debe estar incorporado al pensamiento del médico tanto como el principio de no dañar⁴, el galeno debe respetar este principio como punto de partida de una relación más equilibrada, de una relación médico – paciente más humana.

3.2. La Autonomía de la Voluntad

Siempre, en materia de tratamiento médico habrá una relación riesgo/beneficio, habrá alguna amenaza a la vida o a la salud en general, alguna modificación en las expectativas de supervivencia, una oportunidad mayor o menor de llegar a reubicarse en una continuidad normal.

La situación puede ser drástica o de emergencia o de menor envergadura. Nunca los médicos ni menos los tribunales podrán tener la certeza de hacer lo exactamente correcto. El imperativo tecnológico ha llevado a grandes progresos en la ciencia médica, pero el tratamiento que es bueno para la medicina, no necesariamente es bueno para el individuo, o él no lo siente como tal.

Toda elección, en casos que exceden de los meramente rutinarios lleva aparejado un dilema ético, que puede resolverse renunciando a hacer algo, dejando de someterse a un tratamiento cruento y de pronóstico incierto a favor de una muerte más cierta; o por otro lado, actuando, poniéndose en manos del profesional de la salud y tratándose. La decisión final es la crucial, pues es difícil saber dónde está el daño y dónde el beneficio. En suma, como lo dijo más de un tribunal, "tomar esta decisión es casi arrogarse facultades divinas, apostar a ser Dios; y tomar decisiones con tal trascendencia, hay que estar seguro de que no se hará daño a la persona"⁵.

³ Abogada de vasta trayectoria, Doctora en Derecho, actual Ministro de la C.S.J.N.

⁴ Del Principio Bioético de No Maleficencia.

⁵ Sala IV- Cámara de CP (en Autos "Rivolta J s/ Amparo", Expte. N° 23453/92).

El concepto de autonomía se refiere a la libertad personal o al derecho a hacer lo que a uno le plazca, dentro de ciertas restricciones. El modo de definir estas restricciones es lo que difiere según las teorías éticas y aquí reside el meollo de la cuestión, en el momento de establecer un marco de actuación a los fines de determinar la conducta médica.

Este principio, en la ética en general se refiere al respeto a la autonomía de otros; y en bioética, el principio de autonomía fundamentalmente se refiere a la obligación de los operadores y profesionales de la salud de respetar el derecho de sus pacientes a tomar sus propias decisiones acerca del tratamiento a suministrar, lo que constituye el núcleo del consentimiento informado.

Respecto al juego de la libertad y autonomía de la voluntad para aceptar un tratamiento o práctica médica, en EEUU la regla es que el profesional de la salud debe, como paso previo a efectuar un procedimiento médico, obtener el consentimiento adecuado y en caso contrario, debe abstenerse de actuar, no cabiéndole responsabilidad por negligencia.

En tanto se parte de que el consentimiento del paciente constituye condición previa al tratamiento médico y de la idea de libertad de la persona, se entiende que el rechazo del tratamiento, luego de la revelación de sus riesgos y beneficios y de su necesidad, debe constituir completa defensa para el médico cuando luego se lo acusa de negligencia por no haber administrado el tratamiento⁶.

En la República Argentina, la doctrina se preguntaba hace unos años si hacía falta el consentimiento, si debía requerirse siempre para que el obrar sea legítimo y si cuando se intervenía sin él el obrar era antijurídico; y se llegaba a la conclusión de que la dignidad de la persona humana exige una correcta información de todo lo relativo a la salud y al tratamiento.

Aunque se afirma que en nuestro medio, todavía (aunque cada vez menos) es usual ocultar al enfermo la información referida a un mal incurable que pueda padecer (o deformar la realidad), se reconoce que en principio debe respetarse la voluntad del enfermo⁷, pues todo tratamiento requiere del consentimiento del paciente, por el principio de libertad personal y porque el enfermo dispone de su cuerpo. De ahí que, si una persona se niega a la acción sanitaria compulsiva, no puede sometérsela por la fuerza.

Esta fuerza impulsora del derecho del paciente que se vino gestando como una necesidad imperiosa en la segunda mitad del siglo XX cobró fuerza y se materializó en la Ley, Argentina fue pionera en este sentido, hoy la Autonomía de la Voluntad tiene fuerza y letra legal, la norma la contempla, pero aún así, aún con la ley en la mano el accionar médico es renuente a dejar de lado el paternalismo, aún nos cuesta a los médicos adaptarnos al nuevo paradigma.

⁶ Ver Artículo 11° bis de la Ley N° 26.529/09 modificada por Ley N° 26.742/12.

⁷ Las directivas que sugiere el Capítulo de Psicooncología de A.P.S.A respecto de la información que debe suministrarse al paciente con cáncer es aquella que el paciente está dispuesto a recibir.

La Bioética, de este modo ha constituido un aporte importante respecto al reconocimiento del paciente como agente moral autónomo, cuya autodeterminación y dignidad inalienable debe ser respetada. A partir de este reconocimiento de la autonomía, como uno de los tres principios rectores de la Bioética (junto con la beneficencia y la justicia), se funda lo que hoy día se conoce en doctrina como Regla del Consentimiento Informado, acogida no sólo en la Ley 17.132⁸, sino también en la legislación referida a la ablación y transplante de órganos (24.193⁹). No obstante la inexistencia de una regulación jurídica de carácter general referida al consentimiento informado, la jurisprudencia ha entendido que se trata de un principio rector aplicable en todas las relaciones biomédicas. Esta doctrina del consentimiento informado se pone a prueba particularmente ante la negativa del paciente a un tratamiento o internación que pueda poner en peligro inminente su vida¹⁰.

Se trata aquí de la expresión de la libertad jurídica que resguarda en la intimidad conductas autorreferentes; es decir, conductas que no dañan el orden, ni la moral pública, ni derechos ajenos. Se toma entonces evidente que para la efectividad del derecho a la autonomía personal, la Bioética –y el derecho– exijan que en cada caso se ponga a la persona en situación real de prestar –o negar– su consentimiento informado, libre y esclarecido.

Aquí cabe invocar una vez más la autoridad del maestro Germán J. Bidart Campos, cuando afirmara que: “en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad, de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad”¹¹

3.3 La Consagración del Principio en Nuestra Legislación

La Ley Nacional N° **26.529** que legisla sobre los Derechos de los Pacientes en Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud fue sancionada el 21 de noviembre del año 2009 constituye un bastión en defensa de los Derechos del Paciente y es la norma que plantea el cambio de paradigma al institucionalizar legislativamente un derecho con cien años de historia, jurisprudencia y doctrina en el derecho comparado. Esta Ley

⁸ Ley para el Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración.

⁹ Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (Actualizada por Ley N° 26.066 y 25.281)

¹⁰ Caso Parodi “Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos s/presentación”, en Pedro Federico Hooft, Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1999-2ª. Edición 2004, parte II, cap. V, ps. 217-229.

¹¹ (Germán J. Bidart Campos – Daniel H. Herrendorf, Principios, derechos, humanos y garantías, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, ps. 169 y ss, y del mismo autor –citado en primer término, “Los valores en el sistema democrático”, en Los Valores en la Constitución Argentina, Coordinadores: Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Editorial Ediar, Buenos Aires, febrero de 1999, p. 78).

fue modificada en el año 2012 por la Ley Nacional N° **26742**¹² y reglamentada por el Poder Ejecutivo el seis de julio del año 2012.

La Norma enumera los derechos del Paciente en relación con los Profesionales e Instituciones de Salud a saber:

- a) Asistencia
- b) Trato digno y respetuoso
- c) Intimidad
- d) Confidencialidad
- e) Autonomía de la Voluntad.
- f) Información Sanitaria.
- g) Interconsulta Médica.

Respecto de la Autonomía de la Voluntad la ley textualmente refiere "el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad...".

La norma establece también que "... los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...".

La protección de menores y la alusión a la Ley N° 26.061 se refiere al derecho que tienen los mismos a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta, establecido en el art. 3°, inc. b) de la citada en concordancia con los Tratados Internacionales que cobijan los Derechos del Niño.

Por último la Ley establece que "...en el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente...".

Se advierte que esta última fracción del articulado legisla sobre la denominada "muerte digna" que es otra variante de forma de ejercer el derecho a ser autónomo respecto de la voluntad, en este caso, cuando se plantean situaciones de una gravedad tal que el paciente se considera irreversiblemente condenado a un fin previsible. El legislador a través de la Ley N° 26.742 quiso establecer precisamente en la tinta una situación

12 Incorrectamente denominada "Ley de Muerte Digna".

particular encuadrándola como "terminal", es decir sin posibilidad de remisión, irreversible en todo sentido, donde la ciencia médica con todo su arsenal no puede ofrecer alternativa terapéutica de mejoría ni de sostén de esta situación en el tiempo. Parece redundante que una ley nacional que modifica a otra de muy reciente creación se plantee en un caso concreto la conducta que presuntamente pudiere llevar adelante un paciente en esta situación por sí o por medio de terceros. El sentido perseguido fue seguramente "de echar luz" sobre situaciones conflictivas que acarrearón doctrinariamente posturas variadas y antecedentes jurisprudenciales dispares, la muerte digna así planteada no constituye más que una vuelta de tuerca sobre la legislación de fondo, y probablemente una herramienta más para una justicia conservadora en todo sentido que se construye sobre la perseverancia del paternalismo como conducta a seguir por el médico, y para el médico es una forma "diplomática" de no recurrir a la objeción de conciencia.

La reglamentación de la norma establece una serie de parámetros interesantes e innovadores como la enunciación de que el paciente es soberano para aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona (advértase que habla de terapias o procedimientos, con estos últimos se engloban no solo lo referente a procedimientos terapéuticos sino que incluye a los procesos diagnósticos que no se encontraban particularmente sujetos a normatización legislativa en este sentido y que muchas veces por ser técnicas cruentas –biopsias, exploraciones, etc- pueden resultar rechazados por el paciente, es decir que la norma pone en pie de igualdad todo los procedimientos llevados a cabo sobre el cuerpo o sobre la salud de la persona).

La reglamentación también se refiere al derecho que le asiste al paciente a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, establece también que esa información la persona debe entenderla claramente haciendo nuevamente hincapié en lo esencial que resulta la información brindada por el médico para la toma de la decisión, esto debe entenderse como una forma de intentar poner en un mejor plano de equilibrio a las dos partes de la relación: que tanto el médico (el que sabe) como el paciente (el que ignora) por un mecanismo de transferencia de conocimientos del primero para con el segundo se intente asimilar y encontrar un mejor equilibrio para suplir un déficit mayúsculo que crea un abismo entre uno y otro.

La norma continúa en su proyección de ampliación de derechos y garantías cuando establece que el paciente tiene el derecho a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. Esta fracción es redundante en razón de que la Ley Original (26.529) ya establecía en su texto la obligación de que el paciente preste su consentimiento expreso a los efectos de llevar adelante tales prácticas. También es reiterativo que el Decreto Reglamentario recale nuevamente en el derecho a revocar decisiones ya establecidas porque ya la situación había sido "escrita" en la ley reglamentada.

Sí resulta clarificadora cuando el Decreto establece que en todos los casos deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual

revocación. Esta porción de la norma la configura en una verdadera norma operativa¹³, el legislador pretendió establecer un requisito formal a los efectos sobre todo de la prueba de que el derecho se cumplimentó y en razón de que la historia clínica es el documento que registra el todo de la actuación médica, que es propiedad del paciente¹⁴ y que a su vez constituye la mejor defensa para el médico cuando estuvo correctamente confeccionada y se produjo un conflicto de carácter judicial.

Siguiendo con su carácter tutelar el Decreto establece que los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. Nótese que establece básicamente el derecho que tienen los menores a ser oídos (escuchados- s/ Ley N° 26.061- Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes) respecto de su voluntad, y señala que en los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con él o los representantes legales, o entre ellos (en este caso se refiere a voluntades contrapuestas generalmente entre tutores, padres que comparten la patria potestad), el profesional deberá elevar el caso al Comité de Ética. El codificador plantea una solución ante una divergencia y se recuesta por los Comités de Ética que por ley¹⁵ deben conformarse en todas las instituciones públicas y privadas a los fines de terciar en conflictos que entrañen posturas encontradas en el campo de la Bioética.

3.4 El Derecho a la Información en la Legislación Nacional.

La consagración al derecho de Información es una de las mayores conquistas de los últimos tiempos. Se trata de un derecho personalísimo, que se incorpora en el marco más amplio de la libertad del individuo que tiene una significación instrumental pues a través de ella se posibilita el ejercicio de otros derechos estrechamente conectados entre sí, a punto tal que es imposible imaginar la vigencia de alguna de ellas sin el previo aseguramiento del derecho a la información.

Basta pensar como a través de la vulneración de este derecho se atenta contra otros ideales o valores esenciales del hombre, que involucran distintos derechos de los pacientes, también de índole personalísimo, como son su salud, el derecho a la disposición del propio cuerpo, de decidir su vida, el derecho a una muerte digna, etc, aspectos estos que eran ignorados por nuestro Código, que casi exclusivamente se ocupaba de los derechos en torno del patrimonio (Código Civil de Velez Sarfield¹⁶).

¹³ Las normas jurídicas pueden ser operativas o programáticas. Las normas operativas son aquellas que contienen descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin necesidad de otras instituciones (conf. Fallos 315: 1503; Dict. 227: 240).

¹⁴ Según art. 14° de la Ley N° 26.529.

¹⁵ Ley Nacional N° 24.742 que crea los Comités Hospitalarios de Ética.

¹⁶ El Código Civil Argentino redactado por Dalmacio Velez Sarfield entró en vigencia el 1 de Enero de 1871.

Es así que durante décadas el ejercicio de la medicina se desarrolló en base a una relación autoritaria, en la que el paciente, atento a la falta de conocimiento científico y frente a la situación dominante del profesional, debía someterse casi ciegamente a su criterio. Tal criterio de imposición de prácticas médicas se encontraba avalado, entre otras razones, en el hecho de considerar que la actuación médica –siempre guiada por un principio de beneficencia basado en el juramento hipocrático-, habría de ser más beneficiosa para el paciente.

El objetivo que debe destacarse de esta institución, es la de igualar a los desiguales: achicar la brecha informativa que existe en la gran mayoría de los casos entre el Profesional y su Paciente. No hay peor discriminación que tratar como iguales a las personas que, en circunstancias como ésta, se encuentran en un evidente grado de desigualdad parafraseando a Orwell¹⁷.

La autonomía sólo puede practicarse entre iguales, y es la actitud de informar la verdad la que logra esta relación equitativa. Se reemplaza la relación “padre – hijo”, con un vínculo de confianza, basado en un contrato que les asegure a ambos que no existen malas intenciones, que se está diciendo la verdad.

Como correlato del deber del médico de informar, aparece el derecho del paciente a ser informado, derecho que es concedido por diferentes legislaciones, tanto nacionales como extranjeras, en varias situaciones.

En la actualidad nos hallamos frente a un cambio fundamental en el modelo relacional médico-paciente, en tanto comienzan a considerarse nuevos elementos que anteriormente no eran tenidos en cuenta, tales como el respeto a la voluntad del paciente, y su derecho fundamental a estar informado sobre su proceso de salud, tratamientos, riesgos, etc.

Esta nueva formulación del vínculo favorece la atenuación del desequilibrio tratando de reducir la asimetría o dominación profesional en base a un esquema comunicacional en el cual no solo es tenida en cuenta la opinión del médico. Se va así modificando el rol del enfermo que deja de ser un sujeto pasivo para transformarse en uno más dinámico, haciéndose hincapié en su integridad como ser humano.

La Constitución Nacional reformada en 1994 y La Ley de Salud N° 153, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, han amparado y protegido ese derecho.

La información se convierte en un elemento de fundamental importancia para el comportamiento que debe asumir el paciente y su seguridad psicobio-física, que a través del conocimiento de los beneficios y riesgos de dañosidad que una terapéutica presenta, lo colocara en mejores condiciones de efectuar una decisión más reflexiva y razonada. Van así apareciendo dos derechos fundamentales: la información y la decisión.

Entre los Derechos del Paciente que establece la Ley N° 26.529 modificada por Ley N° 26.742 es el Derecho a la Información Sanitaria al establecer que “el paciente tiene

¹⁷ Georges Orwell 1946 “Todos los hombres son iguales pero algunos son más iguales que otros”

derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información". En esta fracción y claramente se establece que siempre el paciente tiene derecho a recibir información y que ello es un deber para el médico, pero el límite es que el paciente se niegue a recibir esa información, y con ello se deja de lado el argumento de algunos autores que difunden que en ciertas circunstancias el médico y con un carácter sobreprotector se arroga derechos que le son ajenos por temor a las reacciones tal el médico de Freud¹⁸.

Definición: "Art. 3º- A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueran menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos".

La información puede ser provista al paciente o, en su caso, a su representante legal y la norma es abarcativa ya que comprende tanto lo que se refiere a estudios diagnósticos como a procedimientos terapéuticos.

Respecto de la posibilidad de brindar información referida al paciente a personas vinculada a éste por razones familiares o de hecho, el texto resulta contundente al establecer que "en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente" resguardando así la intimidad ya amparada por otro instituto jurídico como es el secreto médico (profesional).

La reglamentación de la Ley amplía las directivas en este sentido al determinar que "el paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia", y establece de este modo una diferenciación que resulta clarificadora en razón de que es muy habitual confundir incapacidad con incompetencia. En el caso de incapacidad el profesional debería cumplir también con informar al representante legal del paciente.

La Ley textualmente indica que "...cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho...". Esta fracción no configura nada nuevo, nada que ya no se hubiera establecido ya que la autonomía de la voluntad en el caso de que el paciente no esté en condiciones (ya sea por causa física o psíquica) de realizar una acabada comprensión de la información suministrada, se desplaza automáticamente a su entorno como una forma de suplir el déficit.

Desafortunada a criterio de este profesional resulta el párrafo que textualmente y en forma seguida indica que "aún en contra de la voluntad del paciente, el profesional de

¹⁸ Diálogo entre el Médico y Sigmund Freud: su amigo y médico personal el Dr. Schur, caviló respecto de decirle o no el verdadero diagnóstico. Pensó: "si a mi amigo no le digo la verdad, a quien se la voy a decir". Y luego le espetó: "Sigmund, lo que usted tiene es un cáncer de maxilar". Y Freud, acaso tristemente, acusándole con el índice, él respondió: "Y usted, ¿con qué derecho me lo dice?!".

la salud, deberá bajo su responsabilidad como tratante, poner en conocimiento de aquél la información sobre su salud, cuando esté en riesgo la integridad física o la vida de otras personas por causas de salud pública..". Me refiero específicamente a que cuando está en riesgo la salud pública la Ley N° 26.529 establece una excepción a la obligación de solicitar el consentimiento informado (detallado más adelante en el apartado correspondiente) en función de que una razón de orden público produce un desplazamiento del derecho que lo quita de la cabeza del paciente para ponerlo en la del Estado como sujeto de derecho que debe velar por el bienestar general de la población (un ejemplo sería el caso de vacunación obligatoria ordenada por Salud Pública a un grupo poblacional o a toda la población, por riesgo de epidemia). En la situación descrita se establece una medida coactiva, por lo que resulte irrelevante el suministro de información del riesgo a una persona lúcida que ya prestó su negativa a llevar adelante la orden esgrimiendo razones personales o amparándose en la autonomía de la voluntad, la situación descrita representa una "gota en el mar de los derechos" a criterio de este profesional y es uno de los especialísimas situaciones en que debe primar el Principio de Beneficencia.

En este caso también, como en los anteriores enunciados, el Decreto Reglamentario ordena registrar esta circunstancia en la historia clínica del paciente junto con las razones que la justifican.

Resulta relevante analizar el último párrafo del Decreto cuando refiere textualmente que "El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, cuando el profesional actuante entienda que por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave. En este caso, deberá dejar asentado en la historia clínica esa situación y comunicarla a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, según lo previsto en los arts 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 y esta reglamentación. Estas situaciones deben ser valoradas por los profesionales de la salud de modo restrictivo y excepcional, consultando al Comité de Ética". El articulado se refiere en este caso a situaciones muy particulares que ameritan sopesar riesgos y beneficios y a partir de esa valoración establecer que la información a suministrarse puede ser perjudicial. Este médico sugiere que tal situación puede plantearse ante un paciente afectado en su esfera de salud mental como es el caso de un depresivo severo con resistencia al tratamiento o un paciente afectado de un trastorno de ansiedad muy severo (límite), de cualquier modo tiene que prevalecer el carácter restrictivo en estos casos ya que lo que propendió el legislador es a tutelar un amplio piso de derechos.

El profesional tratante deberá registrar en la historia clínica del paciente que la información sanitaria se suministró acorde a alguno de los supuestos contemplados en el art. que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la Ley que se reglamenta.

Son excepciones a la regla aludida:

- 1) Aquellos casos donde a criterio del profesional se encuentra en peligro la salud pública y/o la salud o la integridad física de otra/s personas (ya comentado)
- 2) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o prestacionales o para la labor de los financiadores de la salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente, que se encuentran protegidos por el secreto médico. En este caso particular no constituye de ninguna manera un cercenamiento del derecho a la información en razón de que los datos ya sea con objetivo estadístico o contable no violentan el sentido que el legislador le otorgó a la norma de base.

Cuando el paciente exprese su deseo de no ser informado se documentará en la historia clínica su decisión y respetará la misma, sin perjuicio de dejar asentado su último consentimiento emitido. Siguiendo con el lineamiento se puede asimilar a la posibilidad de revocar a contrario sensu lo consentido.

El consentimiento informado debe reposar sobre una información comprensible. Ello implica que el lenguaje y la comunicación en general debe acomodarse al entorno cultural del paciente, debe adaptarse a las posibilidades propias de la persona asistida. Es decir, si tenemos a un colega enfrente, el lenguaje podrá adoptar la terminología científica adecuada. De lo contrario, deberá formularse de una manera simple y concreta, para que el enfermo pueda comprender acabadamente el malestar que padece y sus posibilidades de afrontamiento terapéutico.

Sin embargo, hoy podemos asumir que existen dos puntos de vista diferentes respecto al deber de informar del médico. Por un lado tenemos el deber de información como presupuesto del consentimiento informado; y por otro el deber de información como presupuesto indispensable para llevar a cabo un tratamiento determinado.

De esta manera, la información como derecho autónomo del paciente se configura como aquel derecho a conocer la información disponible, en términos comprensibles y suficientes para su diagnóstico y tratamiento, sin estar orientado a otra finalidad que el conocimiento por el paciente de su estado de salud. Dentro de este último se encuentra lo que se denomina deber de información terapéutica, que no es más que aquella explicación que brinda el médico al paciente como consecuencia de un tratamiento a seguir.

No obstante que la información, como presupuesto del consentimiento informado, constituye el núcleo esencial de la información clínica, por cuanto la información en el proceso clínico está orientado fundamentalmente a la toma de decisiones en relación con el tratamiento, no debe menospreciarse el valor de la información terapéutica para alcanzar la colaboración necesaria del paciente en miras del éxito del tratamiento.

La información terapéutica es un proceso continuado en el tiempo, que no se agota con la obtención del consentimiento informado.

Asimismo, en cuanto al diagnóstico, se recuerda desde el punto de vista médico el fundamental papel que juega la información para establecimiento de una relación

médico-paciente de calidad, en cuyo primer momento parece esencial que el paciente adopte y conozca su enfermedad, lo que servirá a éste para organizar o adecuar su conducta durante el período que dure la enfermedad, y al médico para fundar sobre ella el resto de sus explicaciones y para justificar sus pedidos de estudios complementarios y sus decisiones terapéuticas.

3.5 El Derecho a la Información en la Ley de Trasplantes

En actos de tanta trascendencia como son la ablación de un órgano o la realización de un trasplante, resulta vital la libre decisión del individuo, y para ello se requiere de una información adecuada y eficiente acerca de las consecuencias que tales actos producen en la salud del dador y receptor.

Por tal motivo, la ley ha impuesto requisitos muy concretos en cuanto al contenido de la información, la manifestación externa o forma del acto, el plazo condicional del acto de decisión, y los sujetos activos y pasivos de la información.

Tanto dador como receptor deben conocer la naturaleza y los riesgos que la operación de ablación o implante puede producir, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente pueden resultar para el receptor (art. 13)

Por riesgos deben entenderse aquellos efectos adversos, directos o colaterales, que razonablemente y de acuerdo a los conocimientos científicos puedan presentarse, es decir, los que con cierto grado de probabilidad ocurren según el curso normal y ordinario de las cosas (art. 901¹⁹, Código Civil), en este tipo de intervenciones quirúrgicas.

Otro aspecto que si bien no es mencionado en la ley, es lo atinente a la información acerca de las consecuencias que resultarían de la no realización del trasplante, lo cual contribuiría a una mejor toma de decisión del paciente.

En este sentido, el decreto 208 del año 2001, que reglamenta la Ley 153 de Salud de la Ciudad de Buenos Aires establece que para el caso de rechazo de tratamiento, deberá explicarse al paciente las consecuencias de su decisión de no recibir o interrumpir el tratamiento²⁰. Esta norma es aplicable por vía analógica.

Un punto de importancia es que la Ley de Trasplantes incluye no solo la información de las secuelas físicas resultantes, sino también las que pueden producirse en el plano

¹⁹ Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código "consecuencias inmediatas". Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman "consecuencias mediatas". Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman "consecuencias casuales".

²⁰ Art. 40, inc. h, Dec. 208 reglamentario de la Ley Básica de Salud 153 "El profesional que solicite el consentimiento informado de su paciente para la realización de estudios y tratamientos, previo a ello deberá brindarle información respecto a los estudios o tratamientos específicos, riesgos significativos asociados y posibilidades previsibles de evolución. También se le deberá informar la existencia de otras opciones de atención o tratamientos significativos si las hubiere".

psíquico, pero desafortunadamente no se prevé el asesoramiento y apoyo psiquiátrico como lo hacía el proyecto original.

Otro aspecto es "la comprensión del significado de la información" para que el dador y el receptor puedan hacer una reflexión lógica del acto a realizar y una evaluación de sus consecuencias. Para ello deberá poseer un grado de madurez o instrucción que le permita realizar este proceso mental o lo que los americanos denominan, "la condición de razonabilidad" que obviamente depende de cada sujeto en sí mismo y no se puede establecer una medida objetiva.

Para facilitar este proceso, es imprescindible que la información sea "suficiente, clara y adaptado al nivel cultural del paciente", (art. 13) y como ya nuestra Corte lo había señalado²¹.

La información es un proceso de interacción entre sujetos que codifican y decodifican mensajes, de allí que el facultativo deberá considerar en la transmisión de la información las limitaciones del receptor en la comprensión científica²², para que de este modo tenga la posibilidad de decidir si asume o no el riesgo de dañosidad que la ejecución de la terapéutica pueda implicar²³.

La información tampoco debe ser excesiva que no permita advertir los riesgos más importantes. Cuando hay sobrecarga de información, también se afecta el discernimiento en razón de verse el individuo imposibilitado de decodificarla correctamente, produciendo idéntico efecto que la falta de información. El proceso lógico de razonamiento se bloquea e impide la adecuada reflexión, obstaculizándose el proceso decisorio del acto, tornándolo nulo²⁴.

Será en función de estas características que podrá evaluarse el grado de cumplimiento o incumplimiento de este deber informativo (arts. 740 y 742 del Código Civil), en orden a establecer la responsabilidad del facultativo²⁵.

La manifestación externa –requerida por el art. 913²⁶– posee en la ley de trasplantes una forma específica.

²¹ (4) SC Buenos Aires, 1993/02/76, "Kaspar c/ Sanatorio Mitre", K 24 XXIV

²² En forma similar lo dispone el art. 40, inc. d) del Dec. 208, "Dicha información oral o escrita, será provista de manera clara y veraz y deberá brindarse conforme a las posibilidades de comprensión del asistido".

²³ Abril, Gonzalo, "Teoría General de la Información", Ed. Cátedra, Madrid, 1997.

²⁴ (7) Lovece, Graciela "El daño por el exceso de información y la responsabilidad empresarial", en "Daños, Globalización, Estado, Economía", Weingarten Celia-Gherzi Carios Directores, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2000.

²⁵ Frosini, Vittorio, "Derechos Humanos y Bioética", p. 143, (Derechos del Enfermo y Sociedad Civil), Ed. Temis S.A., Bogotá 1997.

²⁶ Art. 913° C.C.: "ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el que la voluntad se manifieste".

Dispone el art. 13 y su Decreto 512/95 que de la información proporcionada así como la decisión del paciente, conjuntamente con la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, se dejará constancia documentada en un acta que deberá ser suscripta por el dador, el receptor y por el médico firmante. Dichas actas deberán ser asentadas por orden cronológico en un libro previamente foliado y rubricado por la autoridad jurisdiccional. (Nótese la similitud existente con la ley 26.529 y modificatoria en lo que se refiere a la prueba por escrito).

Este aspecto está relacionado con la prueba, ya que la información es un resultado en sí mismo, que debe ser probado por el facultativo y por escrito (la carga de la prueba recae sobre el profesional que es el que está en mejores condiciones de probar²⁷). Es decir, la carga de la prueba corresponde al médico pues exigir que el paciente deba probar la ausencia de información, convertiría a dicha prueba de imposible producción ya que se trata de un hecho negativo y sabido es que estos solo pueden ser probados a través de hechos positivos. En cambio para el médico es un hecho positivo, que puede ser probado a través de los registros que la Ley impone. Por otra parte, y siguiendo el criterio dominante en materia de prueba, todo aquel que alega un hecho, debe probarlo (Art. 377, Cód. Procesal).

El lapso que debe transcurrir entre la recepción de la información y la operación respectiva no podrá ser inferior a 48 hs. Se trata de un "plazo de meditación", ya que la ley prevé en el art. 15 la posibilidad de arrepentimiento hasta el momento mismo de la operación (el Proyecto original establecía un período más amplio de 7 días).

Si se tratara de un acto de ablación a un menor de 18 años sus representantes legales podrán también revocar su decisión.

La revocación del acto dispositivo del dador no genera obligación alguna (art. 15). La finalidad de la norma es, como señala Cifuentes, la de proteger la esfera personalísima e intangible de la persona, reconociendo la libertad final decisoria sin ningún tipo de consecuencias. Sin embargo destaca el autor que pese a que esta decisión siempre debe ser respetada, el paciente no puede quedar eximido de afrontar las erogaciones efectuadas por el equipo de trasplantes, o por las instituciones asistenciales.

En contra, Rabinovich considera que el donante podrá arrepentirse hasta el último instante, sin que ello pueda acarrearle perjuicios. Aunque se arrepienta, y el receptor o sus familiares no tendrán contra el dador acción alguna, como así tampoco contra los médicos o el establecimiento asistencial²⁸.

La norma indica que la información debe ser cumplida por los Jefes y Subjefes de los equipos, como asimismo por los profesionales indicados en el art. 3º, es decir por

²⁷ Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas.

²⁸ Rabinovich, Ricardo D., "Régimen de Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos". Ley Nº 24.193, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1994.

todos aquellos que intervendrán en la operación quirúrgica (sujetos activos de la información).

Expresa el art. 13 que la información deberá brindarse "a cada paciente y su grupo familiar en el orden y condiciones que establecen en el art. 21^o". (Estos constituyen los sujetos pasivos de información)

El Consentimiento Informado en el marco de la norma

La Ley se refiere en varios de sus tramos, al consentimiento, cuando en realidad se trata de un asentimiento.

En primer lugar, porque en un sentido jurídico el consentimiento implica una situación de igualdad científica de las partes contratantes y de libertad de elección del que el paciente carece.

No obstante a la sustancial modificación en el paradigma médico-paciente, que han sido fundantes de un nuevo modelo relacional, esto no revierte la posición dominante del profesional en el marco contractual.

Los límites de la comprensión, su ignorancia científica y los efectos de la enfermedad toman vulnerable al paciente y son verdaderos obstáculos que cercenan su libertad de elección e inhiben su capacidad volitiva y racional.

El carácter asimétrico de la relación se encuentra enfatizado además por otros factores tanto intrínsecos como extrínsecos y en la cual las diferencias culturales y lingüísticas acentúan aún más la dependencia y vulnerabilidad del paciente.

Esta desigualdad técnico científica coloca en una situación de poder al profesional ya que es el único con la capacidad de dirección y control de la relación existiendo por tanto una dominación científica respecto del paciente que resulta insoslayable.

El paciente no se encuentra en condiciones de consentir, porque los elementos componentes del acto voluntario, el discernimiento, la intención y la libertad se ven afectados, tan solo presta un asentimiento dentro del marco de un contrato de adhesión, y por ende su eficacia jurídica es limitada, especialmente cuando se la pretende imponer como una eximente de responsabilidad²⁹.

La realidad es que el médico propone un tratamiento y el paciente al no estar científicamente capacitado para comprender el contenido del contrato y tomar decisiones, tan sólo se limita a someterse o no al tratamiento que ha propuesto como el más adecuado.

²⁹ Linden Allen M. Canadian Tort Law, Ed. Butterworths, Toronto and Vancouver, 1993. P. 65: "El consentimiento no puede sostenerse cuando exista una posición de debilidad relativa que interfiera con el libre deseo de la persona. Allí donde opere una relación de dependencia no ecuánime en los poderes respectivos de las partes y de la superioridad del más fuerte sobre el más débil, el consentimiento no es genuino. Esta situación de poder se presume en la relación médico paciente".

De manera que en un primer plano de análisis, tenemos que el objetivo de la información es el de dotar al paciente de los elementos necesarios para que pueda asentir o no al eventual riesgo de dañosidad del tratamiento propuesto, y esto último con limitaciones.

En un segundo análisis, debe considerarse de que el hecho de que el paciente conozca y asuma los riesgos no garantiza per se que esta terapéutica elegida por el profesional sea la científicamente aconsejable, por lo que el médico deberá superar además, el control científico de su actuación.

Acorde con ello, cuando el paciente presta su asentimiento a esta intervención quirúrgica, ello no significa la convalidación del mismo y queda abierta la posibilidad de revisar el contenido del contrato. Es decir, no opera como condición de licitud o eximente de responsabilidad del acto médico.

En ese caso, para eximirse de responsabilidad, el facultativo deberá acreditar que ha actuado en forma diligente e idónea y con adecuado fundamento científico. Fundamentalmente exige la demostración que la terapéutica utilizada no ha sido arbitraria y que dentro de la discrecionalidad científica del que goza y las variables científicas que dispone, ha optado por aquella que cuenta con una mayor idoneidad objetiva", en función de la patología, las circunstancias particulares del enfermo y el desarrollo evolutivo de la medicina.

Responsabilidad por falta de información

Admitida la existencia de un deber legal de informar por parte del equipo médico, su ausencia o su cumplimiento defectuoso son de por si violatorios de tal obligación.

En primer lugar se debe caracterizar y delimitar la ausencia de información, de toda otra situación (Información insuficiente o defectuosa), la que puede dar lugar a responsabilidad, pero haciendo foco en otro u otros supuestos distintos, ya que conceptualmente son situaciones diferentes.

Siendo la información una herramienta esencial para el comportamiento que debe asumir el paciente, su ausencia lo coloca en una situación de riesgo, por lo cual constituye un nuevo factor objetivo de atribución autónomo de responsabilidad.

Este incumplimiento se vincula por un lado con la agresión o violación al supremo derecho personalísimo a la información de "situaciones riesgosas", (en el derecho angloamericano se lo denomina butterfly), y por el otro con el derecho personalísimo que es el de la "integridad psicofísica del ser humano" (Safferty, Ely, Paternalist Desearh).

Esta situación de omisión o ausencia de información, ellos la diferencian netamente de la deficiente información, en donde hay una situación de prevención al médico, y la califican como negligencia, es decir dentro del campo de la culpabilidad, que es

nuestro ordenamiento jurídico quedaría encuadrado en los arts. 512³⁰ y 520³¹ del Código Civil.

3.6 El Consentimiento Informado

Desde la antigüedad la práctica médica se ha visto influenciada por la ética, teniendo como lineamiento al Juramento Hipocrático, el que marcaba un comportamiento profesional caracterizado por una carga paternalista en defensa de la beneficencia del paciente, de acuerdo con las creencias morales de la época. La actitud hipocrática consideraba al paciente como un ser minusválido ante la toma de decisiones, dependiendo estas únicamente del criterio del médico.

Contemporáneamente, en algunas de sus obras, Platón contradecía la imagen dada por Hipócrates a la relación médico-paciente. Él fundamentaba que el conocimiento del bien era inherente a cada persona, así el paciente sabría qué es lo mejor para él y el médico debería ayudarlo a que tome, con ese conocimiento, decisiones.

Mencionó, además, que un hombre libre debería dar su consentimiento, relacionando el conocimiento con el derecho que cada persona tenía a la autodeterminación y al libre albedrío; ideología totalmente opuesta a la filosofía hipocrática.

En los siguientes siglos se produjo una transformación evolutiva de los conceptos éticos en la medicina (de acuerdo con la evolución tecnológica de esta ciencia) y de la ideología política, social y económica.

En 1773 se escribe la Declaración de Filadelfia, donde se encuentran los primeros antecedentes del derecho a la decisión terapéutica y del consentimiento por parte de los pacientes.

En 1803 la ética médica que escribe Thomas Percival señala que el médico debe asegurarse de que el paciente y familiares tengan la información necesaria sobre el estado del enfermo para proteger de esta manera sus intereses.

En 1905 un tribunal norteamericano, en el juicio *Mohr Vs Williams* falló a favor de Ana Mohr, quien autorizó la intervención quirúrgica de su oreja derecha, sin embargo, fue operada de la izquierda. La enferma tuvo pérdida en su capacidad auditiva. El tribunal condenó al médico Williams por agresión, y sentenció que "ningún médico podía violar la integridad corporal del paciente sin mediar su consentimiento".

Al año siguiente, en otro caso, ocurrido también en EEUU, un Juez rechazó el alegato de un médico que sostenía que su paciente, una vez bajo su cuidado, estaba obligada a aceptar el procedimiento que él determinase aplicar, en el caso tratado, le

³⁰ Art. 512° C.C.: "La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

³¹ Art. 520° CC: "En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación".

extirpación del útero. En este caso no existía autorización expresa ni conocimiento por parte de la paciente. El médico fue condenado por agresión³².

A principios del siglo XX en el año 1914, se produjo en el Tribunal de Nueva York una de las sentencias jurídicas emblemáticas en relación a este tema. A un paciente le fue extirpado un tumor fibroide del abdomen, era una operación diagnóstica (una laparotomía exploradora), previamente el paciente, de manera explícita había expresado que no quería ser operado. En el fallo se estableció que "todo ser humano de edad adulta y juicio sano tiene el derecho a determinar lo que se debe hacer con su propio cuerpo; por lo que un cirujano que lleva a cabo una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión, por la que se pueden reclamar legalmente daños"³³.

En 1931 después de la convulsión que significó la Primera Gran Guerra, Alemania resurgía peligrosamente con el desarrollo del partido nacional socialista, y allí, irónicamente, se sentaron bases de jurisprudencia al establecerse que los médicos tenían la obligación de obtener el consentimiento de los pacientes para realizar experimentos científicos con ellos, situación que los médicos nazis ignoraron completamente en su praxis profesional, especialmente con prisioneros de campos de concentración.

Terminada la segunda guerra (1945) en el año 1947 y a raíz de los crímenes cometidos en el Instituto de Frankfurt para la Higiene Racial y de los campos de concentración de la Alemania nazi se estableció el denominado "Consentimiento Informado". Además, ese mismo año a propósito de los Juicios de Nuremberg, se estableció el primer documento sobre procedimientos y reglas internacionales donde se relacionó específicamente ética médica y Derechos Humanos. El documento fue adoptado por las Naciones Unidas en 1948.

En 1957 se introduce por primera vez en una sentencia el término "Consentimiento Informado" a raíz de la sentencia del caso *Salgo Vs. Leland Stanford* en EEUU.

En 1962 y después de que nacieran más de 8.000 bebés deformes, a consecuencia de que las madres habían tomado talidomida, se estableció un Proyecto de Ley de Derechos del Consumidor que señalaba el derecho a la seguridad, el derecho a ser informado, el derecho a elegir y el derecho a ser oído.

En el año 1964 se establecieron las Declaraciones de la Asociación Médica Mundial reunidas en Helsinki. Las mismas fueron ratificadas y ampliadas en Tokio (1975) y en Manila (1980). Con dichas declaraciones se estableció claramente que los varones y mujeres no pueden ser un simple medio de instrumento de análisis científico.

³² Tribunal de Artes de NY, en Joseph Crown, Edit. Flint, 2822, in fine.

³³ "Buster A. c/ Lawrence...", en Tribne de glosario Pg, 767. 09-93.

Al iniciar la década del 70, y fundamentalmente por Potter³⁴, nace la Bioética, a partir de la cual se cimenta una nueva forma de entender y aplicar la ética en los aspectos relacionados con la vida y conducta humana. En esta misma década se presenta el Informe Belmont, en el que se establecen los principios éticos base de la bioética. Además se describe el consentimiento informado como una expresión de la autonomía de las personas, debiendo ser libre, comprendido e informado.

Estos cambios ideológicos del siglo XX dan paso a la importancia de la toma de decisiones por los sujetos, consolidándose así la autonomía de los individuos. Para garantizar ello en la práctica médica y en la investigación clínica, se gestan jurídicamente las conductas morales y éticas que deberían observarse en la relación médico-paciente. Inicia aquí el uso del consentimiento informado, con raíces jurídicas y éticas.

En 1972 en el Distrito de Columbia, específicamente a raíz del juicio *Canterbury vs. Spence*, se afirma el consentimiento informado como un derecho legal con plena reparación jurídica si el consentimiento informado no se proporcionó adecuadamente al paciente.

En 1981 la Corte Suprema de Canadá estableció jurisprudencia en un caso de mala información al paciente al establecer que "los defectos relativos al consentimiento informado del paciente cuando se trata de su elección libre e informada sobre el consentimiento o el rechazo a un adecuado y recomendable tratamiento médico, constituyen infracciones del deber de cuidado exigible al médico".

El Manual de Ética del Colegio de Médicos de Estados Unidos preparado el año 1984, planteaba que el consentimiento informado "consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente ser conseguida sin coerción; el médico o especialista no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente".

En 1989 la Corte Suprema del estado de Missouri, reconoció el derecho de un paciente a rechazar un tratamiento amparado en el derecho al consentimiento informado.

En el esquema del derecho anglosajón y del common law en principio prevalece la autodeterminación y libertad del individuo, pues se considera que bajo un gobierno libre, el primer y más grande derecho del ciudadano libre, que subyace todos los otros, es el derecho a la inviolabilidad de la persona; en otras palabras, el derecho a sí mismo.

³⁴ El término "bioética" fue utilizado por primera vez por V. R. Potter en el año 1970, con el término aludía a los problemas que el inaudito desarrollo de la tecnología plantea a un mundo en plena crisis de valores.

Por el contrario y sin que ello implique desprecio a la libertad individual, en los sistemas continentales y latinos se hace prevalecer el orden público, la salud y el bienestar general por encima del bien de cada individuo a título personal.

Si bien en los países del common law los tribunales han asumido una posición de compromiso, al aceptar argumentos en cuanto a que la autonomía puede llegar a ser contraria a la salud y reconociendo que hay veces en que la elección individual debe ser restringida, las limitaciones a la autonomía personal en esta materia han sido excepcionales y no la regla.

Por el contrario, en otros sistemas jurídicos prevalece el paternalismo o imperialismo, pues el conflicto que eventualmente pudiera presentarse ha de resolverse, como pauta general, a favor de la vida y la salud del paciente frente a su libertad personal.

El límite entre el daño y el beneficio a la persona aparece siempre que se hable del derecho sobre el propio cuerpo y el equilibrio de éste con los derechos y obligaciones de terceros que implican el consentimiento informado, el derecho a morir, el derecho a nacer o a no nacer, la genética, la anticoncepción, la esterilización, el aborto, la toma de medicamentos, el trasplante de órganos, el cambio de sexo, etc.

El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de una suficiente información éste decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención, la noción comprende dos aspectos:

- a) Que el médico obtenga el consentimiento del paciente.
- b) Que el médico revele adecuada información al paciente.

Por su parte, la doctrina del consentimiento informado se desarrolló en base a dos valores:

- a) El principio de la autonomía de la voluntad y
- b) El principio de maximización de la salud.

Lo cierto es que cuando un enfermo da su consentimiento para un tratamiento, entra en una relación de intercambio con el dador de salud. El paciente acepta someterse a procedimientos para llegar a un diagnóstico o prácticas médicas o quirúrgicas para su tratamiento; a su vez, el médico acuerda realizar el específico tratamiento dentro de las limitaciones establecidas.

El otorgamiento de este consentimiento se basa en una relación especial de confianza. El dador de salud debe actuar para mejor servir al paciente. El consentimiento llega luego de un largo proceso que parte de la enfermedad o lesión, pasa por la obtención de la historia del paciente, el arribo a un diagnóstico o plan de cuidados, la revelación de su mal o estado de enfermo, la posibilidad que éste haga preguntas y obtenga respuesta a sus inquietudes, para recién concluir con el consentimiento al propio tratamiento a realizar.

Se considera que en esta materia como en ninguna otra, está en juego un valor ético básico como lo es el de la autonomía de la voluntad.

Los expertos en bioética piensan en forma mayoritariamente que el consentimiento informado se justifica casi exclusivamente en base al Principio de Autonomía.

El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento integrante de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Es un hecho incontrovertible que el consentimiento informado es ajeno a la tradición médica, que lo ha desconocido a lo largo de su historia, si bien ahora constituye un presupuesto esencial en la relación médico-paciente, lo que redundará en una significativa mejora de la calidad asistencial.

El consentimiento informado ha llegado a la medicina desde el derecho y debe ser considerado como una de las máximas aportaciones que el derecho ha realizado a la medicina por lo menos en los últimos siglos. Hoy constituye una exigencia ética y un derecho recientemente reconocido por las legislaciones de todos los países desarrollados.

Cabe considerarlo como "un acto jurídico efectuado dentro de un marco clínico"³⁵ este proceso comunicacional complejo y meditado importa un adecuado proceso de toma de decisión, con la participación activa del principal interesado: el paciente.

No es el "consentimiento contractual" de nuestro Código Civil ni algún respaldo legal ante eventuales procesos judiciales por mala praxis médica, lo que haría peligrar su esencial fundamento ético, por lo cual no resulta correcto hacer mérito de la "autonomía" del paciente tan sólo desde el derecho civil, diciéndose que la "teoría del consentimiento informado" atribuye al "asentimiento del paciente" el valor del consentimiento, ya que no hay un verdadero acto de autodeterminación por parte del paciente (ya comentado).

Aquí se debe aclarar la diferencia entre "asentimiento" y "consentimiento". Numerosos autores han destacado la necesidad de separar consentimiento y asentimiento en el contrato médico, basándose en que el consentimiento es la expresión de voluntades en la formación del contrato mismo, y el asentimiento responde a la legitimación para el acto de ejecución, y que el consentimiento-legitimación se relaciona con el ejercicio de un derecho de la personalidad y la integridad física. Entonces, el asentimiento es una declaración de voluntad no negocial, que integra un acto voluntario lícito. Esta distinción podría en relieve que el consentimiento contractual es distinto del que se requiere para cada acto que importe la afectación de la libertad del paciente. Ello permitiría a los menores tener capacidad para asentir tratamientos médicos.

Lorenzetti³⁶ distingue entre los actos que se dirigen a la formación del consentimiento contractual y los que se proponen la disposición de derechos existenciales: para los primeros cabría el concepto de "consentimiento" y para los segundos el de "asentimiento".

³⁵ Dra. Teodora Zamudio "Cuestiones Jurídicas y Bioéticas en torno a la Muerte". Revista del Derecho, U.M.S.A. – 2002, N° 248, pp. 234.

³⁶ Dr. Ricardo Lorenzetti, Dr. en Derecho, Presidente C.S.J.N.

Resulta importante destacar que capacidad en sentido jurídico no coincide necesariamente con el concepto de competencia en sentido bioético. Puede ocurrir que incluir una persona declarada insana (incapaz, desde el punto de vista del derecho civil) puede, en cambio, en la situación particular, en cuestiones atinentes a su propia salud, ser competente en sentido bioético, desde el momento en que pueda comprender los riesgos y beneficios de un tratamiento terapéutico, ante el cual pueda luego eventualmente brindar un consentimiento válido. Ahora bien, si una persona altamente vulnerable no es competente en sentido bioético –aun cuando, frente al derecho vigente se trata de una persona civilmente capaz-, su consentimiento puede ser subrogado o sustituido, precisamente por la persona “próxima” (consentimiento subrogado).

El respeto por la voluntad del paciente se halla previsto en la ley 17.711, que dicta las normas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, que en su art. 19, inc. 3 dispone que “Los profesionales que ejercen la medicina, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, están obligados a ...inc. 3) “respetar la voluntad del paciente, en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos... En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”.

En definitiva, el respeto de la libertad del paciente constituye un acto tendiente a cumplir con una expresa directiva legal que exige expresamente tal respeto, evitándose así, incurrir en un supuesto de responsabilidad profesional.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el common law (derecho anglosajón), la doctrina nacional entendía que la preponderancia de la voluntad se veía desplazada cuando razones de orden público lo exigían, y dentro de tales razones se encontraba la salud del individuo y de la población. Por eso, la libertad a que apunta el artículo 1197³⁷ del Código Civil sólo sería importante para actos opcionales como la elección del profesional, pero no tanto respecto a los contenidos del acto médico propiamente dicho, o en particular, a la toma de decisiones de índole médica.

En la moderna doctrina del Consentimiento Informado convergen claramente, por un lado, un largo proceso de desarrollo iniciado en el campo del derecho, y por el otro los aportes provenientes desde la reflexión Bioética, ahora con un claro anclaje en el respeto y dignidad personal, concebido entonces el “consentimiento informado”, en el sentido de “regla”, como expresión del principio bioético de “autonomía” o de “respeto por las personas” en la terminología del “Belmont Report”.

Parte de la doctrina, en base a lo establecido en el art. 19 de la ley 17.132 ha entendido que en caso de negar su consentimiento el paciente, el médico debe “esforzarse por persuadirlo sobre el tratamiento o intervención aconsejables” y, en caso contrario, negarse a atenderlo, salvo que tal conducta constituya un abandono del

³⁷ Art. 1197 C.C.: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

paciente. Este concepto también limita la consideración de la voluntad del enfermo en la medida que, sea cual sea, será cuestionada cuando en definitiva no coincida con el facultativo, intentándose modificarla. Pero a su vez, el poner en cabeza del médico la obligación de "convencer" al paciente de los beneficios de un procedimiento, tampoco concuerda con los valores que se pretenden proteger con la adopción de un sistema paternalista.

Otros autores opinan que podría sustituirse la voluntad del enfermo por el asentimiento de los parientes, porque "a la persona humana no se la valora en el marco de su mayor dignidad sometiendo a sus caprichos" (Highton E). La voluntad del paciente podría suplirse por la de sus parientes próximos, en casos de incomprensión del paciente, terquedad, o intervenciones de escasa gravedad con gran beneficio para el paciente.

También existe una posición que está por el principio de libertad personal y responde a la noción de que el enfermo dispone de su cuerpo, considerando que el art. 19 inc. 3 de la ley 17.132 conduce a intentar persuadir al paciente, pero dentro de ciertas limitaciones.

Salvo algunos fallos referidos a internación psiquiátrica contra la voluntad del enfermo –cuestión que si bien tiene puntos de contacto con la presente no es la específica tratada- y múltiples amparos para efectuar coactivamente transfusiones de sangre no existía mayor desarrollo jurisprudencial en nuestro país hasta el advenimiento de una sentencia que planteó un cambio de rumbo en este sentido.

Se trata de un caso en que un hijo mayor de edad peticionaba se obligara a su padre, también mayor y capaz (así lo consideró el tribunal, rechazando la alegación del hijo de que no tenía suficiente o claro discernimiento), a someterse a un acto quirúrgico de amputación de una pierna a fin de detener una infección que gangrenaba el miembro; y tanto el Tribunal de primera instancia como la Cámara Civil denegaron tal autorización, no aceptando sustituir así su voluntad³⁸.

Entendió el tribunal que la integridad personal y la salud están consideradas en la conciencia social y en el derecho positivo como factores que revisten interés público y no como derechos subjetivos solamente. Entre los derechos a la integridad física relativos al cuerpo y a la salud, es dable afirmar que nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando –como en la especie- está en condiciones de expresar su voluntad, según la apreciación personal del juzgador y que no surgiendo que la conducta del paciente configurara una forma de suicidio, debe respetarse la voluntad de aquel y la solución viene impuesta por la naturaleza de los derechos en juego que determinan que el paciente sea el "árbitro único e irremplazable de la situación", que el principio expuesto no debe ceder aunque medie amenaza de la vida.

Ello es así porque es el paciente el que se expondrá a los riesgos, a los sufrimientos, a la inmovilidad, a la posibilidad de una subsistencia llena de deficiencias y limitaciones y

³⁸ Caso A.C. Cortez s/ amparo, Cámara Civil de Mar del Plata, Expte. N° 2901/88.

a una intervención que, a veces, sólo ofrece la "probabilidad" de una prolongación transitoria de la vida; máxime que la amputación de la pierna no es curativa –en el caso- ni detiene la enfermedad que originó este trastorno físico.

Principios Éticos que describe el "Código de Ética para el Equipo de Salud" redactado por la Sociedad de Ética en Medicina de la Asociación Médica Argentina (A.M.A.), respecto a los temas mencionados están contemplados en el Art. 92 "Dentro de las normas que rigen la relación Médico-Paciente, son de primordial categoría el respeto al Secreto Profesional, la confidencialidad y el libre consentimiento informado en forma personal a través de responsables, cuando la situación así lo exija".

El Código individualizaba situaciones tal como lo expone en su art. 95º: "Las siguientes circunstancias de la actividad médica exigen autorización o consentimiento informado del paciente o persona responsable del mismo:

- Procedimientos diagnósticos o terapéuticos que impliquen un riesgo para la salud.
- Terapéutica convulsionante.
- Amputación, castración u otra operación mutilante.
- Intervenciones a menores de edad.

En cualquier caso dudoso, es aconsejable una autorización por escrito así como la constancia detallada en un protocolo médico o quirúrgico especial, que debe formar parte de la Historia Clínica correspondiente.

3.7 El Consentimiento Informado en la Legislación Vigente

Una de las innovaciones que plantea la Ley N° 26.529/09 posteriormente modificada por Ley N° 26.742/12 y Reglamentada es la inclusión del Instituto del Consentimiento Informado en nuestra legislación. Procede a su definición en el art. 5º de la citada norma, textualmente "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.
- g) El derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable o cuando se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones

que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable.

- h) El derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

Es el Proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad, a través de la cual luego de haberse considerado las circunstancias de autonomía, evaluada la competencia y comprensión de la información suministrada referida al plan de diagnóstico, terapéutico, quirúrgico o investigación científica o paliativo, el paciente o los autorizados legalmente otorgan su consentimiento para la ejecución o no del procedimiento.

Se establece una variante que consiste en el consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, y no haya designado persona alguna para hacerlo; en cuyo supuesto, la información pertinente al tratamiento aplicable a su dolencia y sus resultados se dará según un orden de prelación establecido. En esta variante el paciente es incapaz (estado jurídico) o no fue designada previamente ninguna persona para que actúe en su representación por mandato, estableciéndose en consecuencia, un orden de prelación normado a los fines de suplir ese déficit.

También opera este consentimiento por representación en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. En este caso siempre teniendo en consideración que los menores en razón de la aplicación del Tratado que versa sobre los Derechos del Niño que fue suscripto por la República Argentina y que tiene rango constitucional son tutelados expresamente.

Cuando los mismos puedan comprender tales alcances, se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal, y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de ese proceso, según su competencia y discernimiento. Para que opere el consentimiento por representación, tratándose de personas vinculadas al paciente, ubicadas en un mismo grado dentro del orden de prelación que establece la norma, la oposición de una sola de éstas requerirá la intervención del Comité de Ética Institucional respectivo, que en su caso decidirá si corresponde dar lugar a la intervención judicial, sólo en tanto resultaren dificultades para discernir la situación más favorable al paciente. Como ya fue comentado anteriormente, este conflicto suele plantearse cuando debe ser tomada una decisión respecto de la conducta a adoptar en

relación con la salud de un menor, y los que comparten la patria potestad (madre y padre) no establecen un acuerdo en un mismo sentido de operatividad, generalmente la pareja está separada o divorciada y ambos tienen en la escala de prelación un mismo orden, es por ello que en estos casos muy particulares se da intervención a la justicia que establece una serie de medidas tendientes a lograr la mayor protección de los derechos del menor y generalmente obra en función de lo que aconseja el Comité de Bioética que interviene y la junta médica que emite dictamen respecto de la mejor sugerencia práctica ya sea de diagnóstico o de tratamiento.

El art. 6° de la norma es, tal vez, el innovo más trascendental ya que establece la Obligatoriedad del Instituto, textualmente. "Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el art. 21° de la Ley 24.193 (Ley que regula la Donación de Órganos) con los requisitos y el orden de prelación allí establecido que se enumeran a continuación:

- a) El cónyuge no divorciado que convivía con el fallecido, o la persona que, sin ser su cónyuge, convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de 3 años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida.
- b) Cualquiera de los hijos mayores de 18 años.
- c) Cualquiera de los padres.
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de 18 años.
- e) Cualquiera de los nietos mayores de 18 años.
- f) Cualquiera de los abuelos.
- g) Cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive.
- h) Cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive.

La norma enfatiza que deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, en este sentido en numerosas oportunidades en el texto de la Ley, el legislador itera este argumento, no sólo en lo que hace al derecho de los menores a ser escuchados, sino de los pacientes adultos, en el sentido de crear conciencia o divulgar que uno de los objetivos en el desarrollo de esta ley era la de otorgar participación activa al paciente en todo lo que se refiera a la toma de decisiones respecto de su salud.

Respecto de las formas que debe guardar el Consentimiento, la ley establece como generalidad la instrumentación verbal, es decir que la norma no obliga (salvo excepciones expresamente establecidas) a llevar al papel la decisión del paciente respecto de la práctica que se le propone, pero en cabeza del Médico se establece la carga de la prueba de que el consentimiento fue solicitado al enfermo, por ello es que se aconseja siempre que el mismo conste por escrito. Las excepciones al consentimiento verbal la ley las enumera taxativamente (art. 7°):

A) Internación

- B) Intervención Quirúrgica.
- C) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos.
- D) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley.
- E) Revocación.
- F) En el supuesto previsto en el inciso g) del art. 5° deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto.

La reglamentación de la Ley establece que el Consentimiento Informado escrito constará de una explicación taxativa y pautada por parte del profesional del ámbito médico-sanitario de las actividades que se realizarán al paciente y estará redactado en forma concreta, clara y precisa, con términos que el paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, su familiar o representante o persona vinculada habilitada, puedan comprender, omitiendo metáforas o sinónimos que hagan ambiguo el escrito, resulten equívocos o puedan ser mal interpretados.

También se ha dicho que "se consideran de mucho mayor utilidad las anotaciones efectuadas por el médico en la historia clínica del paciente. Las cortes suelen atribuir gran importancia a estas anotaciones, especialmente cuando las mismas son progresivas y resulta claro que fueron efectuadas contemporáneamente respecto de los hechos que registran. Asimismo se les da mucho crédito cuando identifican cuestiones o aspectos especiales expresados por el paciente. Estas anotaciones no necesitan ser voluminosas ni ocuparle mucho tiempo al profesional: si en la historia clínica del hospital o consultorio se recogen elementos relevantes de la conversación con el paciente, ello puede ser mucho más creíble que cualquier otra prueba aportada por las partes involucradas en el juicio"³⁹. Este apartado quiere significar que los Jueces valoran especialmente el desarrollo de la relación médico – paciente como una construcción desarrollada paulatinamente a lo largo del tiempo, a ello tiende el sentido de la norma cuando pretende que previo al consentimiento como acto jurídico exista una "relación" que no genere dudas respecto a que se ha brindado información con el tiempo necesario para que la decisión sea razonada y no se transforme en un mero trámite simil contrato de adhesión.

Cuando el consentimiento informado pueda otorgarse en forma verbal, y fuera extendido de ese modo, el profesional tratante, deberá asentar en la historia clínica la fecha y alcance de cómo y sobre qué práctica operó el mismo. La norma siempre indica a lo largo de todo su contenido que la comunicación existente entre el médico y el paciente ya sea ante el suministro de información, consentimientos, revocatorias, directivas anticipadas, se debe consignar en la historia clínica a los fines de que quede documentado en un único lugar donde constan el resto de las actuaciones médicas llevadas a cabo.

³⁹ Highton Elena y Wierzba, Sandra, "La Relación Médico-Paciente: el Consentimiento Informado", p. 141, Ed. Ad. Hoc, 1991.

Cuando proceda el consentimiento informado escrito, además de firmarlo el paciente o, en su caso, las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas siguiendo la normativa vigente para la Ley que regula la donación de órganos.

La revocación del consentimiento informado escrito deberá consignarse en el mismo texto por el cual se otorgó, junto al detalle de las consecuencias que el paciente declara expresamente conocer, procediéndose a nueva rúbrica, con intervención del profesional tratante. Para los casos de una autorización verbal, conforme a la ley, su revocación deberá consignarse por escrito, en la historia clínica, asentando la fecha de su revocación, sus alcances y el detalle de los riesgos que le fueron informados al paciente a causa de la revocación, procediéndose a su rúbrica por el profesional y el paciente.

Cualquiera sea el supuesto, si no le fuera posible firmar al paciente, se requerirá documentar esa circunstancia en la historia clínica, para lo cual el profesional deberá requerir la firma de dos testigos.

Establece así el Decreto Reglamentario en forma muy detallada los diferentes supuestos que se le pueden presentar al médico durante su práctica. Considero de vital importancia que esta circunstancia relevante sea objeto de minucioso estudio y desarrollo durante el ciclo de grado de formación profesional y durante el postgrado, cualquiera sea la especialidad médica abordada, debería tener una carga curricular importante en razón de que no se puede concebir que el profesional desconozca hoy en día la vasta y moderna legislación nacional a este respecto.

Son excepciones al Consentimiento Informado (Art. 9°):

- a) Cuando mediere grave peligro para la salud pública.
- b) Cuando mediere una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o la vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Siempre estas excepciones deberán ser de interpretación con carácter restrictivo. En el caso del inc. a), el estado de grave peligro deberá ser declarado por la Autoridad Sanitaria correspondiente. Ante tal situación, la negativa a un tratamiento o diagnóstico puede dar lugar a la pérdida de beneficios o derechos o la imposición de algunos tratamientos o diagnósticos coactivamente, conforme a las legislaciones vigentes. Un ejemplo puede ser el caso de una pandemia de origen viral donde se debe realizar tratamiento inmunizador preventivo y a la vez la inmunización se constituya en una barrera sanitaria, siguiendo con el ejemplo en cuestión, la negativa a recibir la correspondiente vacunación esgrimiendo razones de índole personal (en un adulto) colisiona con el derecho de la población toda a disminuir o anular los posibles contagios, en este caso el interés público prima sobre el de un individuo (interés personal).

En el caso del otro inciso (b), deberá ser justificada en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el Jefe y/o Subjefe del equipo médico, la

situación de emergencia con grave peligro para la salud o la vida del paciente, y aclara que cuando no puedan dar su consentimiento el paciente, sus representantes legales o las personas autorizadas por la ley. En este supuesto ante la imposibilidad del paciente para poder otorgar su consentimiento informado, será brindado por las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas por la Ley que establece el procedimiento para la donación de órganos, y en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia.

En el art. 10° se incluye la posibilidad de revocar la decisión adoptada y dice: "...la decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica. Las personas mencionadas en el art. 21° de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

El Decreto Reglamentario en forma supletoria establece que el profesional deberá respetar la decisión revocatoria adoptada, dejando expresa constancia de ello en la historia clínica, anotando pormenorizadamente los datos que identifiquen el tratamiento médico revocado, los riesgos previsibles que la misma implica, lugar y fecha, y haciendo constar la firma del paciente o su representante legal, o persona autorizada, adjuntando el documento o formulario de consentimiento informado correspondiente. A tales fines se considerará que si el paciente no puede extender la revocación de un consentimiento por escrito, se documente su revocación verbal, con la presencia de al menos dos testigos y la rúbrica de los mismos en la historia clínica.

Ante dudas sobre la prevalencia de una decisión de autorización o revocación, en los casos en que hubiere mediado un consentimiento por representación, debe aplicarse aquella que prevalezca en beneficio del paciente, con la intervención del Comité de Ética institucional respectivo, fundado en criterios de razonabilidad, no paternalistas. Para ello, se dará preeminencia a la voluntad expresada por el paciente en relación a una indicación terapéutica, incluso cuando conlleve el rechazo del tratamiento.

Sin dudas en estos dos últimos párrafos es donde surge con toda la fuerza el espíritu de la ley, el sentido del que quiso dotarla el legislador, no sólo que hace hincapié en la primacía de la Autonomía de la Voluntad, sino que utiliza por primera vez la palabra paternalismo dotando a la letra del carácter de documento indubitable respecto del fin de la norma.

3.8 El rechazo al Tratamiento Médico

La consecuencia de la relación entre la doctrina del consentimiento informado y el derecho a rechazar el tratamiento, es, que si el paciente tiene derecho a no ser tratado

sin su consentimiento, también debe existir como contrapartida el derecho a no ser tratado cuando opera la negativa del paciente.

El principio general es que debe ser el propio interesado quien luego de recibir la necesaria información debe decidir acerca de su salud, su integridad corporal, sus chances de curarse, sus condiciones futuras de vida. Tal decisión pertenece a la órbita de la intimidad de las personas, de sus derechos personalísimos.

La negativa del paciente a aceptar un tratamiento enfrenta al médico a un dilema ético y a cuestiones legales que no puede ignorar. "Siempre debe recordarse que el paciente tiene el derecho a tomar una decisión irracional, en tanto sea una decisión razonada". (Dra. Zamudio).

La Constitución Nacional, garantiza a sus habitantes el derecho a la vida, la libertad, el trabajo, la educación y dice que el Estado procurará el perfeccionamiento físico, moral y social de todos sus habitantes, mientras que éstos tienen la obligación de cuidar su salud.

Luego de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, promulgada en el año 1948 donde en su art. 2 dice, "que el potencial paciente tiene derecho a recibir cuidados de su salud, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición", estos derechos constitucionales se hacen manifiestos.

Consiguientemente los derechos del paciente aparecen junto a los derechos humanos siendo una extensión de éstos, relacionados con la salud del hombre. Luego de esta declaración de derechos, los mismos se van reconociendo y consolidando en los distintos foros médicos internacionales y surgen con la Declaración de Helsinki, de Tokio, de Portugal, etc. Esta tramitación constructiva ha dado pie a una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 30 de Abril de 1980, en los siguientes términos: "La transición de la sumisión a la cooperación debe ser motivada por razones particulares: la relación que se establece entre enfermos y profesionales debe transformarse en una relación de asociados basada en intercambios recíprocos [...] además convendría acentuar la [...] adopción de una concepción dinámica de la participación del público en la protección de la salud y de las enfermedades a su curación".

Otros antecedentes que fundamentan el derecho del paciente al rechazo del tratamiento son:

- Declaración sobre los Derechos de los pacientes (Asociación Americana de Hospitales) "el paciente tiene derecho a rechazar el tratamiento en la medida que lo permita la ley. También tiene derecho a ser informado de las consecuencias médicas de su acción".
- Declaración de Principios Éticos de Médicos del MERCOSUR (Asunción del Paraguay 18 de Mayo de 1995). Principio ético N° 6: "El derecho del paciente de decidir libremente sobre la ejecución de prácticas diagnósticas o

terapéuticas siéndole asegurado todos los recursos de la ciencia médica donde sea atendido sin discriminación de cualquier naturaleza”.

- La Declaración de los Derechos de los Pacientes (Lisboa 1981). Art. "C": "El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar el tratamiento después de haber sido adecuadamente informado”.

Antecedentes Nacionales Constitucionales:

-En el art. 14° de nuestra Constitución Nacional, que reconoce el derecho de todo ciudadano de profesar libremente su culto (de importancia en los numerosos fallos donde se esgrimen razones de orden religioso como en las Transfusiones de sangre en Testigos de Jehová), y el 19° cuando habla de las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas sólo a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.

-Constitución de la Provincia de Santa Fe (BO 18/4/1962): en el último párrafo de su art. 19° expresa: "Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición expresa de la ley que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

-Constitución de la Provincia de Formosa (BO 03/4/1991): art. 80°: "El Estado reconoce a la salud como un hecho social y un derecho humano fundamental tanto de los individuos como de la comunidad contemplando sus diferentes pautas culturales”.

Antecedentes Legislativos

-Ley 17.132 del Ejercicio de la Profesión Médica en el orden nacional argentino, en su art. 19°, inc. 3”.

En la Ley Provincial 3076 "Sobre los Derechos del Paciente" de Río Negro (BO 21/4/1997). En el art. 2°, inc. "y" establece que el paciente tiene derecho a "rechazar el tratamiento propuesto, en la medida que lo permita la legislación vigente, luego de haber sido adecuadamente informado, incluso sobre las consecuencias médicas de su acción”.

En la Legislación Argentina podemos destacar:

Ley 23.798 (1990), de lucha contra el SIDA, y su Decreto Reglamentario 1244/91. Ambos en su art. 8 establecen el derecho de los pacientes a ser informados.

La Ley de Trasplantes (1993) establece en su art. 13 el derecho a la información.

Ley 11.044 de la Provincia de Buenos Aires, sobre la protección a personas que intervienen en investigaciones científicas, exige el consentimiento informado de los sujetos a investigar o de sus representantes.

En Tucumán, la Ley de Investigación en Salud 6580 (1995), en sus arts. 2, 4 y 9 realiza recomendaciones expresas sobre cómo informar a los sujetos en investigación y recabar su consentimiento.

En Río Negro, la Ley 3076 (1997), establece en su artículo segundo, como derechos del paciente: "g) Que se le brinde toda información disponible relacionada con su diagnóstico, tratamiento y pronóstico en términos razonablemente comprensibles. Cuando por razones legales o de criterio médico justificado, no sea aconsejable comunicar esos datos al paciente, habrá de suministrarse dicha información a la persona que lo represente, h) Que, previamente a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento se le informa sobre el mismo, los riesgos médicos significativos asociados, probable duración de discapacidad, etc, para obtener su consentimiento informado o su rechazo, con excepción de los casos de urgencia, i) Ser informado cuando existen opciones de atención o tratamiento médicamente significativas o cuando desea conocer otras posibilidades".

Autores como Ricardo Lorenzetti⁴⁰ y Celia Weingarten⁴¹, incluyen esta situación médica dentro del deber de informar del art. 42⁴² de la Constitución Nacional, referido al derecho de los consumidores a tener una información adecuada y veraz. Esta última jurista incluye a la relación médico-paciente como amparada por la ley de defensa del consumidor, la cual en cuanto al deber de información expresa en su art. 4: "quienes produzcan, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos".

Esta ley excluye expresamente a las actividades de los profesionales que requieren título universitario y matriculación. Pero Weingarten entiende incluidos estos supuestos por dos razones: porque la ley admite su vigencia respecto a la publicidad de los servicios profesionales, y porque contempla la estructura del contrato de adhesión. Considera que generalmente el contrato de servicios médicos es de adhesión, y por esa vía lo entiende incorporado. Pero halla excluidos los contratos con profesionales individuales cuando son de negociación separada y no de adhesión. Concluye con la contradicción que la Ley 24.240 presenta y que debe ser resuelta hacia su aplicación, confirmando su finalidad teleológica, que es la de proteger a la parte más débil en la negociación.

Señala Vázquez Ferreira, que en la información que se da al paciente se debe incluir tanto los riesgos como las ventajas, lo que puede llegar a provocar un problema, porque si el médico informara absolutamente todo al paciente podría asustarse y no querer asumir el tratamiento médico propuesto. Destaca este jurista que además la información debe ser dada en forma comprensible, el lenguaje y la comunicación deben acomodarse al entorno cultural del paciente.

Respecto al Derecho de Información, el Código de Ética (AMA) enuncia en su art. 64 que "El equipo de salud deberá informar al enfermo o a sus responsables, según lo que

⁴⁰ Responsabilidad Civil de los Médicos, I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1997, I, p. 195.

⁴¹ Contrato y Responsabilidad Médica: el deber de información y el consentimiento informado, Buenos Aires, Jurisprudencia Argentina, 1997- I, pp. 829/830

⁴² "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno..."

a su criterio corresponda, cuando la gravedad de la enfermedad hiciera temer un desenlace fatal o se esperan complicaciones capaces de ocasionarlo. Cuando la circunstancia lo aconseje debe hacer firmar el libre Consentimiento Informado al paciente o a la familia o al responsable legal, antes de efectuar alguna maniobra diagnóstica o terapéutica que presuponga riesgos para el paciente”.

Frente al rechazo del tratamiento por parte del paciente, lo que el médico debe tener en cuenta es el estado psíquico del paciente, si tiene capacidad para razonar y comprender la situación que vive y las consecuencias para su vida que puede ocasionarle rechazar el mismo. En consecuencia el médico que recibe un pedido abstencionista de un paciente a quien considere comprendido en los términos del art. 141° del Código Civil⁴³, por efecto de un cuadro depresivo, delirante, etc, está obligado a inquirir acerca del status jurídico del sujeto. Si descubre que es alguien capaz, será su obligación respetar la decisión del paciente, ya que la tristeza y la depresión moderada, normales en el enfermo, no afectan la genuinidad de su decisión. Esta en consecuencia merece respeto. Aunque analice la situación con sus familiares, si el paciente es mayor de edad, no declarado demente, debe respetarse su voluntad.

Analizada la situación, en primer lugar, el médico quizás pueda realizar otros procedimientos que no repugnen el criterio sustentado por la negativa del paciente.

En segundo lugar, puede derivarlo a otro profesional que acepte tratarlo bajo esas condiciones a fin de evitar que el paciente quede en estado de abandono.

Como tercera opción, el médico tratará de brindarle los máximos cuidados y demás procedimientos que ayuden a mantener su calidad de vida.

Debe actuar siempre “informando” al mismo del tratamiento propuesto, de su beneficio y contraindicaciones. Nunca debe dejar de informarle si existen tratamientos alternativos, las consecuencias que puede sufrir en su salud o en su vida si no acepta las propuestas ofrecidas. Debe confeccionar un buen Consentimiento Informado, conociendo todos los requisitos legales necesarios para que sean válidos ante la ley. Se configura así un proceso dinámico en que el médico se contacta con el paciente por medio de la palabra desarrollando el vínculo permanente y sostenido en el tiempo donde el paciente a partir de su condición de ser informado, puede tomar decisiones y eventualmente asumir los riesgos que su realidad le depare.

3.9 Leyes que Incorporaron el Derecho a la Información y el Consentimiento Informado

Ley 11.044 de la Pcia de Buenos Aires regula los Aspectos Éticos de la Investigación en Seres Humanos (esta norma es pionera en toda Latinoamérica)

⁴³ “Se declaran incapaces por demencia las personas que por causas de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes”.

En su art. 4º señala los requisitos a los cuales deben responder las investigaciones practicadas sobre seres humanos y en el inc. g) solicita: obtener mediante instrumento público donde consten los riesgos a correr, el consentimiento de los sujetos de la investigación o de sus respectivos representantes legales, con las excepciones establecidas en la presente Ley debidamente acreditadas.

Dado que en las regulaciones que rigen las investigaciones clínicas no hay precedentes acerca de este requerimiento, y a los efectos de dar cumplimiento a la Ley, se llevaron a cabo diversas interpretaciones acerca del alcance del mismo, motivadas por la preocupación en la dificultad del cumplimiento de este requisito.

En dicha discusión participaron actores involucrados desde diferentes lugares con las investigaciones clínicas, y se obtuvo como conclusión que la figura del instrumento público estaría referida a la presencia de un Escribano Público en el proceso del consentimiento informado, pudiendo ser, en el caso del sector público el Director del Hospital quien represente a esta figura.

Hubo coincidencia en que este mandato de la Ley no sólo es muy difícil de llevar a la práctica, sino que no suma beneficio en cuanto a la protección, seguridad de los sujetos participantes, así como tampoco a las instituciones y sus autoridades y no agrega validez científica a la investigación ni a los resultados obtenidos de la misma.

Por otro lado, y teniendo en cuenta que el acto de información al sujeto acerca de la investigación a que está siendo invitado a participar, la interacción entre investigador, sujeto y eventualmente el testigo, la clarificación de dudas, temores e inquietudes que surjan, etc, es uno de los momentos más sensibles desde el punto de vista ético. La presencia de personas ajenas a la misma, podría significar una interferencia, atentando la confidencialidad, intimidad y privacidad necesaria (Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial. Los médicos deben considerar las normas y estándares éticos, legales y jurídicos para la investigación en seres humanos en sus propios países, al igual que las normas y estándares internacionales vigentes. No se debe permitir que un requisito, legal o jurídico nacional o internacional disminuya o elimine cualquier medida de protección para las personas que participan en la investigación establecida en esta Declaración).⁴⁴

En el Capítulo II acerca de: Investigaciones que involucren a menores o personas discapacitadas mentales, el art. 11º expresa que "el Consentimiento previsto en los arts. 4º inc. e) y 9º de la presente Ley será otorgado en el caso de los incapaces por el representante legal con autorización del Juez competente en un juicio sumarísimo..." y por otro lado en el Capítulo 3 Investigación sobre mujeres de edad fértil, mujeres embarazadas, mujeres durante el trabajo de parto o alumbramiento, puérperas, embriones, fetos y recién nacidos el art. 14º señala: a los fines de emprender investigaciones en las que participan: a) Mujeres embarazadas y puérperas; b) Recién nacidos, fetos y embriones; se requerirá en el caso de apartado a) el consentimiento de la mujer y de su cónyuge, o persona que haga vida marital de hecho con la misma

⁴⁴ Adoptada el 14 de Noviembre de 1990 por la Conferencia sobre la Reestructuración de Atención Psiquiátrica en América Latina, convocada por la O.M.S.

debidamente acreditada, y en el caso del apartado b) el consentimiento del o de los representantes legales, previa autorización del Juez competente en un juicio sumarísimo.

El Consentimiento Informado en investigaciones que involucran menores, incapaces y personas que por diferentes motivos no están en condiciones de discernir y por lo tanto tomar una decisión acerca de los beneficios y riesgos involucrados en la investigación a la cual se lo está invitando a participar, ocupó y ocupa un lugar especial en las normativas y regulaciones nacionales e internacionales tanto desde el punto de vista legal, de los derechos humanos, de la protección de las personas y sus datos, y fundamentalmente desde las consideraciones éticas. En las mismas el Representante Legal del menor es el responsable de decidir su participación y, toda vez, y dentro de las posibilidades de comprensión del niño es tomado en cuenta su opinión y voluntad siendo la misma vinculante al momento de decidir o no su participación.

La Convención de los Derechos del Niño, incorporada en la Constitución Nacional por la reforma de 1994 en el Art. 1° entiende por niño a todo ser humano menor de 18 años, en nuestro país por la reserva realizada en el art. 2° de la Ley 23.849 dispone que el Art. 1° debe interpretarse en el sentido "que se entienda por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años".

El estándar jurídico de la Convención: el "interés superior del niño", apunta a dos finalidades básicas: es una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y también constituye un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño y se convierte en el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a los padres.

El derecho a ser oído se encuentra en el art. 12° de la Convención. Este artículo concibe al niño como sujeto de derecho, otorgándole debida participación en los procesos que conciernen a su persona cuando ha alcanzado cierta edad, es decir, otorga al niño derecho a hacerlo partícipe y tomar en cuenta su opinión.

Ley 23.798 denominada Ley Nacional de Sida fue presentada en 1989 por el Poder Ejecutivo Nacional y sancionada en 1990. Esta Ley fue reglamentada en 1991 por el Decreto 1244/91, que establece el requisito del Consentimiento Informado y reitera la confidencialidad frente al test y sus resultados. En el caso del testeo por HIV, el paciente debe firmar dicha autorización antes de la extracción de sangre.

Ley 26378/08- Por esta norma se incorpora a la legislación nacional la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En el Anexo I y dentro de los Principios Generales asegura el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, entre otros. En el art. 7° y referido a niños y niñas con discapacidad plantea que los "Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión, que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez,

en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

El consentimiento informado en esta Ley está plasmado en su art. 25°, inc. d) “Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado...”

Ley N° 26657- Derecho a la Protección de la Salud Mental.

El reconocimiento de los derechos personalísimos en el enfermo mental estuvieron en el olvido absoluto durante muchos años, el manicomio como institución terapéutica era, en realidad, un depósito de personas durante años, en muchos casos durante toda la vida, donde no existía el menor contacto con familiares ni dispositivos terapéuticos de estimulación, actividades complementarias como laborterapia, y tampoco existían los dispositivos de amortiguación intermedia como hospital de día, casas de medio camino, etc. Es decir que no había mecanismos que suplieran la internación completa por un sistema que se orientara a preparar o contener a un tipo de paciente que se intentaba resocializar. La llegada de la Nueva Ley de Salud Mental en el año 2009 se convirtió en una esperanza para este tipo de enfermos en razón de que tiene un fuerte componente de orientación social con respeto marcado por los Derechos Humanos en concordancia con los Tratados suscriptos por la República Argentina e incorporados a la Carta Magna con jerarquía constitucional. El manicomio era también un lugar donde el enfermo no era escuchado, ni se le requería opinión alguna, y es en este sentido, y en un país como el nuestro donde existe una historia rica de golpes institucionales, terrorismo de estado, grupos subversivos, el manicomio se convertía en un lugar “ideal” para cometer todo tipo de abusos, violación sistemática de derechos humanos, desaparición forzada de personas, ausencia de contralor de la evolución de la salud de las personas, por todo ello la Nueva Ley de Salud Mental se sitúa dentro del marco de la nueva legislación en esta esfera sobre todo a partir de la Década del 90 con la Declaración de Caracas y un movimiento latinoamericano de apertura y cambio en la esfera de la salud mental. El Derecho a la Información, el Consentimiento Informado, la internación voluntaria como modelo a seguir, y la internación involuntaria planteada como una institución de interpretación absolutamente restrictiva, lo más acotada posible en el tiempo y con orientación hacia la mantención de lazos familiares, laborales, sociales en general, son características de la nueva legislación y un ejemplo para plantear los Derechos a la Información y de Consentimiento Informado eje del trabajo que se desarrolla.

La Ley en su artículo 7° plantea que “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos:

J) Derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten, y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas del consentimiento informado, incluyendo las alternativas para su atención, que en el caso de no ser comprendidas por el paciente se comunicarán a los familiares, tutores o representantes legales...”.

Y en el art. 10º- "Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley". Es decir que la regla es el Consentimiento Informado para tratamiento y sobre todo internación de patologías de la esfera mental.

Entre otras disposiciones plantea el Instituto del Consentimiento Informado tanto directo como por representación, tutelando muy especialmente aquellos casos en que el estado de lucidez se encuentra interferido y el paciente se toma extremadamente vulnerable, plantea de esta manera en su art. 16º- "Toda disposición de internación, dentro de las 48 hs, debe cumplir con los siguientes requisitos:....c) Consentimiento Informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Sólo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria".

En nuestro país la Ley Nº 26.529 forma parte de un plexo normativo que se orienta en el mismo sentido, de tutela y protección del enfermo mental, de defensa de sus derechos como persona, del sentido terapéutico de que debe dotarse a las internaciones, de dispositivos terapéuticos intermedios variados. Dentro de esta red legislativa se ubican la Ley de Salud Mental de la Ciudad de Buenos Aires⁴⁵ y la Ley de Río Negro⁴⁶ que preceden temporalmente a la promulgación nacional y que se destacan como modelos que fueron replicados en numerosas legislaciones de Latinoamérica y el Caribe en los últimos 20 años.

3.10 Las Directivas Médicas Anticipadas

Si bien actualmente las Directivas Médicas Anticipadas se encuentran contempladas en las más modernas legislaciones a nivel internacional, sus antecedentes tienen antigua data. Los denominados "living will" tuvieron su origen y desarrollo a partir de los años 60 en los EEUU. En 1967 tuvo lugar el primer documento por medio del cual un ciudadano podía manifestar su voluntad en sentido negativo respecto a la aplicación de determinado tratamiento en caso de enfermedad terminal, tarea realizada por el abogado Luis Kutner de la ciudad de Chicago. Hacia 1976, la Natural Death Act, de la ciudad de California, comienza a regular y legalizar las manifestaciones de voluntad sobre el final de la vida, siendo pionera en otorgar un marco legal a estas declaraciones de voluntad. Ya en 1991 la Patient Self-Determination Act presta autorización para que cada paciente exprese su voluntad respecto de la atención médica que desea –o no- recibir, la cual deberá ser considerada cuando acontezcan circunstancias que no le permitan expresarse en forma autónoma.

⁴⁵ Nº 448.

⁴⁶ Nº 2440/2001.

Las Decisiones Médicas Anticipadas son declaraciones de voluntad efectuadas por una persona mayor de edad, competente en términos bioéticos y capaz en términos jurídicos, de manera libre, mediante las cuales manifiesta anticipadamente la voluntad de dejar expresadas instrucciones relacionadas con la toma de decisiones vinculadas a su salud, sin necesidad de expresión de causa alguna, para que sean tenidas en cuenta en el momento en el que concurran circunstancias que no le permitan expresar personalmente su voluntad.

Mediante éstas directivas la persona puede manifestar conductas autorreferentes, dejando expresas indicaciones respecto de su salud, aceptando o rechazando terapias o tratamientos, y ellas deberán ser respetadas en protección de sus propios derechos. El derecho a la autonomía de la voluntad, se materializa, se expresa entre otros actos, a través de la emisión de una Directiva Médica Anticipada, en donde cada persona encuentra la posibilidad de expresar anticipadamente conductas auto-determinantes, acordes con los más íntimos deseos, valores y sentimientos. Es por ello que la consagración normativa del derecho a manifestar una Directiva Médica Anticipada implica un importante avance para toda la sociedad, en el camino hacia el respeto y la valoración del derecho a la autonomía de la voluntad y los derechos personalísimos.

Diversos ordenamientos jurídicos han incorporado a su legislación este instituto pero el grado de desarrollo alcanzado por las Directivas Médicas Anticipadas en cada uno de ellos, no ha sido homogéneo. Así, tanto EEUU como España han desarrollado regulaciones legales fundamentalmente a nivel regional, en tanto la mayoría de los países de Latinoamérica se encuentra actualmente atravesando un proceso de reconocimiento legislativo.

En América del Sur, tiene particular trascendencia el aporte que ha hecho la República Oriental del Uruguay con la sanción de la Ley de Voluntad Anticipada⁴⁷. En dicha norma se establece un límite para la emisión de las directivas, determinándose que corresponde su aplicación sólo cuando el paciente sufra un cuadro irreversible, crónico y terminal. Al establecer la operatividad de las Directivas Anticipadas circumscripita exclusivamente a casos de enfermedades terminales, incurables o irreversibles, se deja a un lado la opción de manifestar indicaciones respecto de un tratamiento, en aquellas situaciones en donde no se configura un cuadro como el descripto, esto constituye una marcada restricción respecto de este Instituto y del derecho que se pone en juego.

Otro rasgo de la norma mencionada consiste en la clara libertad de revocación, permitiendo que ésta se exprese sin ningún tipo de formalidad, lo cual puede considerarse uno de los puntos de mayor fortaleza de ésta ley. El documento debe incorporarse a la Historia Clínica de cada paciente, pero no se estipula un procedimiento claro para garantizar fehacientemente que llegue al legajo médico, lo cual implicaría en la práctica y ante la inexistencia de una historia clínica unificada, que cada persona deba llevar una copia de su Testamento Vital a cada uno de los establecimientos donde sea tratado.

⁴⁷ N° 18.473/09.

Queda expresamente establecida en la Ley uruguaya, la obligación de los establecimientos médicos, tanto públicos como privados, de procurar el cumplimiento de las voluntades anticipadas, y asimismo se regula un procedimiento específico para suspender tratamientos en casos en donde el paciente se encuentre impedido de comunicar su voluntad producto de una enfermedad terminal e irreversible, haciendo valer su derecho a no sufrir un "ensañamiento_terapéutico" –en palabras de los redactores- y de morir dignamente.

Oportunamente la Ley Peruana de Salud N° 26842/97, consagró el derecho de los pacientes a rechazar un tratamiento médico o quirúrgico, exigiendo el consentimiento informado respectivo.

EEUU ha dictado a lo largo de los últimos años en diferentes Estados regulaciones sobre las denominadas "Advance Directives". En Alabama, la "Alabamas Natural Death Act" del año 1997 otorgaba a toda persona adulta y capaz la posibilidad de suscribir una directiva anticipada. Comprende dos supuestos: uno denominado "living will" y el otro "durable power of attorney for health care". El primero es un instrumento en el cual una persona prevé disposiciones respecto del cuidado de su salud, indicando la aceptación o rechazo de tratamientos médicos para el caso en que llegara a padecer en el futuro una enfermedad terminal y estuviera imposibilitado de expresar su voluntad. Por su parte, el "durable power of attorney for health care", permitía que el declarante designe a un agente o representante para que tome las decisiones pertinentes concernientes a su salud.

En el Estado de Florida, la ley reconoció un tercer tipo de documento, además de los mencionados "living will" y "durable power of attorney for health care", la llamada "health care surrogate designation" a través de la cual un paciente designa a una persona para que supla su voluntad por el tiempo durante el cual éste se encontrare en estado de inconsciencia.

En el Estado de Michigan, aunque no se ha declarado normativamente el derecho a la emisión de Directivas Anticipadas, pacífica jurisprudencia las ha venido aceptando y reconociendo como válidas, por considerarlas de suma utilidad.

En la Comunidad Europea, el 4 de abril de 1997 el Consejo de Europa aprobó el primer instrumento jurídico con alcance internacional y con carácter vinculante para los países que lo suscriben, en la materia. Dicho instrumento viene a reforzar y otorgar un trato especial al derecho a la autonomía del paciente y contiene disposiciones sobre las instrucciones previas y los deseos del paciente expresados con anterioridad. En su art. 9 se establecía que "serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad".

En España, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, en diciembre de 2000 se dictó la Ley N° 21 sobre "Los derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y la documentación clínica", y con ella el "testamento vital" adquirió status legal en la región. En otras Comunidades Autónomas, como Galicia, Aragón y Madrid se han aprobado leyes similares. Andalucía por su parte, aprobó en el

año 2003, la Ley N° 5 sobre "Declaraciones de voluntad anticipadas" estableciendo que "se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurran circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad" (art. 2).

A nivel federal, en el 2002, se sancionó la "Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica" que incluye un expreso reconocimiento del testamento vital. Como la mayoría de los instrumentos normativos que regulan el instituto establece que las instrucciones previas deberán constar siempre por escrito y podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando expresa constancia.

Las Directivas Anticipadas encuentran anclaje legal en la consagración de los derechos a la libertad, a la dignidad y a la autodeterminación personal, todos ellos garantizados en nuestra Constitución Nacional, tal como surge de su art. 19 y, en términos más amplios, en principios y valores que integran el bloque de constitucionalidad del art. 75, inc. 22 y que otorga status supra legal a los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, donde se resguarda el Derecho de la Salud.

También puede indicarse la expresa consagración de la protección del derecho a la intimidad en el art. 1071 bis de nuestro Código Civil⁴⁸.

Siguiendo el recorrido normativo de nuestra legislación interna, encontramos la obligación que recae sobre los profesionales de la salud de respetar la negativa del paciente a tratarse o internarse, tal como lo estableció el art. 19, inc. 3 de la Ley N° 17.132 que regula el Ejercicio de la Medicina.

La Argentina contaba con instrumentos que regulaban a nivel local las manifestaciones de voluntad anticipada: las leyes N° 4263 y N° 2611 de las Provincias de Río Negro y Neuquén, respectivamente.

Por último, con la promulgación de la Ley Nacional N° 26.529, sus modificatorias por Ley N° 26.742 y la posterior reglamentación de la norma (ambas en el año 2012) ha venido a consagrar expresamente el respeto por el derecho a la autonomía de la voluntad del paciente (art. 1°, inc. e) y el derecho a emitir directivas médicas anticipadas en relación a su salud tal como lo establece en su art. 11° a nivel nacional, que estipula que "Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deben ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera

⁴⁸ "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto".

instancia, para lo cual se requerirá la presencia de (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

La reglamentación establece que las Directivas Anticipadas deben agregarse a la historia clínica y que la declaración de voluntad debe formalizarse por escrito, con la presencia de dos testigos, por ante Escribano Público o Juez de Primera Instancia Competente (siempre será del Fuero Civil), en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza. Esto resulta de extrema importancia porque le adosa una “forma” a seguir por los profesionales que debe respetarse, esta particularidad no se encuentra en el resto del derecho comparado con normas similares en su finalidad de tutela.

Hay que tener en cuenta la letra de la ley en cuanto refiere que “las directivas deben ser aceptadas por el médico a cargo”, es decir que la norma pone en cabeza del profesional una obligación (la contrapartida de que el paciente emita una directiva anticipada respecto de su salud es el deber del médico de aceptarla y sobre todo de respetarla).

También establece como variante la posibilidad que le cabe al paciente de designar un interlocutor (mandatario) para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones (subrogación legal).

Desafortunada es la inclusión en la norma de la palabra eutanasia como límite a la actuación profesional, ya que hablar de directivas anticipadas nada tiene que ver con el término eutanasia, creo que en este sentido el legislador se equivoca y crea confusión sobre todo en el ambiente médico ya que pone un alerta donde no debería existir, de lo que se trata es de llevar adelante la normatización de un derecho que nada tiene que ver con un delito. Tampoco se corresponde tal cual lo estipula el Decreto Reglamentario cuando establece que el médico recurra a un Comité de Bioética cuando no pueda determinar si se trata de una Directiva Anticipada o se plantee una práctica eutanásica.

La Reglamentación también indica que los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, en este sentido resulta de difícil aplicación en tanto no exista un registro único o la persona en cuestión ponga en alerta por sí o a través de un tercero sobre la existencia de este instituto que contiene su voluntad.

Un hallazgo de la Ley que regula los Derechos del Paciente en Relación con los Profesionales de la Salud es un agregado aportado por la Ley 26.742 (modificatoria) el Art. 11° bis, que textualmente dice que “ningún profesional interviniente que haya obrado de acuerdo con las disposiciones de la presente ley está sujeto a responsabilidad civil, penal ni administrativa, derivadas del cumplimiento de la misma”. Sin duda alguna el legislador piensa y desarrolla este artículo con el objeto de poner fin a controversias que pudieren plantearse en el ámbito judicial ya sea civil (mala praxis) o penal, ya que pretende dejar a un lado la intervención de alguna parte (o algún Juez) que esgrima el principio de beneficencia como postura de retorno a un paternalismo médico ya superado.

4. Conclusiones

En el desarrollo de presente trabajo y luego de analizar las diferentes variables, desarrollar las diferentes normativas tanto vigentes como las leyes que fueron pioneras en materia de derechos del paciente, de valorar los códigos de fondo como plataforma de derechos que tienen sus consecuentes en la producción legislativa de los últimos años en nuestro país se puede concluir que:

- I) A partir de la reforma constitucional del año 1994 en la República Argentina y a través de la incorporación de los Tratados Internacionales suscriptos por el país a la Constitución dotándolos de rango constitucional, existe un fuerte impulso de los denominados derechos personalísimos con un fuerte desarrollo tutelar de los Derechos Humanos en General.
- II) Este impulso nacional coincide con el de otros países de la región y esto a su vez es contemporáneo con el fin de los sistemas dictatoriales militares que asolaron la región.
- III) El Derecho de Autonomía de la Voluntad de la persona referido sobre todo a la esfera sanitaria, aunque siempre estuvo consagrado en la norma constitucional, los Tribunales a través de los fallos lo desconocían y se amparaban en el derecho a la vida como bien supremo de la persona y esta prevalencia coincidía con el paradigma reinante que propiciaba la sustentación del principio de beneficencia y el paternalismo médico como modelo de relación médico-paciente.
- IV) Del mismo modo el Derecho a la Información a que debía tener acceso el paciente estaba vedado limitando marcadamente la posibilidad de que el paciente pudiera, a partir del conocimiento, poder expresar su voluntad respecto a que intervenciones diagnósticas o terapéuticas aceptaba que se le practicasen.
- V) En nuestro país sobre todo en los últimos 20 años se desarrollaron una serie de fallos judiciales conformando un plastrón jurisprudencial que con el aporte doctrinario en el mismo sentido "torció" hacia un nuevo paradigma respecto de la relación médico-paciente, y se produjo una modificación pasando del modelo paternalista al modelo tutelar donde prima la autonomía de la voluntad como principio bioético rector.
- VI) La inclusión en el plexo normativo nacional de los Derechos a la Información y el Consentimiento Informado no se plasmaron en una sola norma sino que formaron parte de la legislación dispersa, tanto a nivel nacional (leyes que regulan la ablación y trasplante, Ley de SIDA, etc), provinciales (Ley de Salud de las provincias de Neuquén y Río Negro), a nivel administrativo (Código de Ética de la A.M.A., Ley de N° 17.132 de Ejercicio de la Medicina).
- VII) En los últimos años estos Derechos del Paciente recibieron una adecuada normatización legislativa con la promulgación de las leyes nacionales N°

- 26.529, su modificatoria Ley N° 26.742, esto contemporáneamente también se amplió con la sanción de la ley 26.557 de Salud Mental.
- VIII) En el año 2012 por Decreto se reglamentó la Ley N° 26.529 clarificando y otorgando herramientas formales a las que debe acogerse el profesional médico facilitando de esta manera su labor en el marco de la Lex Artis.
 - IX) La inclusión en la norma de las Directivas Anticipadas viene a completar el plexo de derechos del paciente, y que específicamente este Instituto no tiene una tradición jurisprudencial marcada en nuestro derecho local a diferencia de la legislación existente en América del Norte y algunos países europeos como España y Francia, por lo que en los próximos años seguramente veremos una adecuación y familiarización en la práctica médica cotidiana con estos institutos que están en íntima relación con el concepto de "muerte digna" y "encarnizamiento terapéutico".
 - X) Este Trabajo en el marco de la formación de Postgrado contiene información actualizada en la órbita de la Deontología Médica, analizada y comparada, con el sentido final de facilitar la consulta por el profesional lector y que puede contribuir a clarificar cuestiones técnico-legales imprescindibles para llevar adelante una práctica médica adecuada.

5. Bibliografía

Ataz Lopez, Joaquín, "Los médicos y la responsabilidad civil", p. 70, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

Bergoglio de Brower de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia. "La eutanasia, distanasia y ortotanasia, nuevos enfoques de una antigua cuestión". En *El Derecho*, 117, pp. 781-786.

Bidart Campos, Germán y Herrendorf, Daniel. *Principios, derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, Ediar, 1991.

Bidart Campos, Germán "La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático". En *El Derecho*, 11/12/1995.

Bidart Campos, Germán "Intimidad y autonomía de la voluntad en el Derecho de familia. ¿Para qué, hasta dónde, con qué alcance?" en *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 15, Buenos Aires, (s.f.), pp. 9-17.

Blanco, Luis G. *Muerte digna. Consideraciones bioéticas-jurídicas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Hammurabi, 1992.

Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", T. 1, p. 205, Ed. Hammurabi, 2ª ed. Corregida y Ampliada, Buenos Aires, 1992.

Bueres, Alberto J., "Responsabilidad Civil de los Médicos", t. 1, p. 242, Ed. Hammurabi, 2ª Ed. Corregida y Ampliada. Buenos Aires, 1992.

Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad Civil", número 1388, nota 722, p. 393 Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973.

Cifuentes, Santos, "Derechos Personalísimos", p. 320, E. Astrea, 1995.

Cornet, Manuel. "Voluntad anticipada: muerte digna". En *Curso de actualización para abogados y médicos*, Fundación OSDE y Facultades de Medicina y Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009.

Cuneo, Darío Luis. "Los testamentos de vida y la voluntad a vivir dignamente". En *Jurisprudencia Argentina*, 1991-IV, pp. 666-672.

Fernández Costales, Javier "El contrato de servicios médicos", p. 160, Ed. Civitas, Madrid 1988.

Gény, Francisco. *Introducción filosófica al Derecho*, Madrid, Reus, 1925.

Goldschmidt, Werner. *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

Galán Cortéz, Julio C., "El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios", p. 162, Colex. Madrid. 1997.

Gracia, Diego, *Fundamentos de bioética*, Madrid, Eudema, Universidad Manuales, 1989.

Highton, Elena y Wierzba, Sandra. "Capítulos IX y X". En *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1991.

Highton, Elena y Wierzba, Sandra. "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético jurídico: el difuso problema entre el daño y el beneficio a la persona". En *Revista de Derecho Privado y Comunitario, Daños a la persona*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992.

Highton, Elena y Wierzba, Sandra, "La relación médico-Paciente: el consentimiento informado", p. 141, Ed. Ad-Hoc, 1991.

Kraut, Alberto J. "El derecho a rechazar un tratamiento". En *Jurisprudencia Argentina*, 1997-II, pp. 898-907.

Kraut, Alberto J. "Directivas anticipadas para rehusar determinadas intervenciones médicas de futuro". En *La Ley*, 2005-E, pp. 362.

Llamas Pombo, Eugenio, "Las responsabilidad civil del médico", p. 60, Ed. Trivium, Madrid, 1988.

Lorenzetti, Ricardo. "Precisiones jurisprudenciales sobre el derecho a rechazar tratamientos médicos". En *La Ley*, 1997-F, pp. 601-607.

Lossetti, Oscar y Di Salvo Héctor, "La Medicina Legal y El Derecho", Ediciones Isalud, 1ª. Edit, 2011.

Lyons, Albert S. y Petruchelli, R. Joseph, *Historia de la medicina*, Barcelona, Doyma S.A., 1980.

Llano Escobar, Alfonso. "El morir humano ha cambiado". En *Bioética. Temas y perspectivas*, Washington, Organización Panamericana de la Salud, 1990.

Maglio, Ignacio. "Morir con dignidad y testamento vital". En *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal-Abogados*, 87, noviembre 2005, pp. 14-16.

Maglio, Paco. *La dignidad del otro. Puentes entre la biología y la biografía*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2008.

Maliandi, Ricardo. *Ética: conceptos y problemas*, Buenos Aires, Biblos, 1994.

Manzini, Jorge L. "Las directivas anticipadas para tratamientos médicos". En *Jurisprudencia Argentina* 2001-IV, pp. 1265 a 1272.

Nino, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*, Barcelona, Ariel, 1989.

Russell, Bertrand. *Historia de la filosofía*, Madrid, Aguilar, 1973.

Sánchez Caro, Javier, "El consentimiento informado ante el derecho: una nueva cultura", ponencia presentada en el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Ed. Fundación Mapfre Medicina, España.

Thomas, L. *Antropología de la muerte*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Vazquez Ferreira, Roberto y Tallone, Federico, "Derecho Médico y Mala Praxis", p. 19, Ed. Juris, Rosario 2000.

Vasquez Ferreira, Roberto y Tallone, Federico "El Derecho Médico comparado", obra cit., p. 41. El Juris, Rosario, 2000.

Fuentes de Información

Cámara Nacional Civil, Sala H, 21/02/91, "Jacobson, Juan s/autorización", en *La Ley*, 1991-B, pp. 363.

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1615.

Convención sobre los Derechos del Niño, en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1689.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 316: 479, en *Jurisprudencia Argentina*, 1993-IV, p. 571.

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948", en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1607.

"Declaración sobre la eutanasia", Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Buenos Aires, Claretiana, 1980.

"Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948", en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1611.

Dictamen del Comité de Bioética de la Sociedad Argentina de Terapia Intensiva. Pautas y Recomendaciones, para la abstención y/o retiro de los métodos de soporte vital en el paciente terminal.

Expedientes N° D. 1760-04-01 y 2298-E-03.

Juzgado de Familia Niñez y Adolescencia Neuquén N° 2, 20/03/06, en *Jurisprudencia Argentina*, 2007-II, pp. 464-472.

Juzgado Criminal y Correccional Transición de Mar del Plata N° 1, 25/07/05- M, en *Jurisprudencia Argentina*, 2005-IV, fascículo N° 7, pp. 25-38.

Ley 17.132, en *Anuario de Legislación y Jurisprudencia Argentina*, 1967-A, p. 614.

Ley 4.264 de la provincia de Río Negro.

Ley 26.529.

"Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", en *Legislación Argentina*, 1994-B, p. 1639.

"Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966"

Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

"Proyectos de reformas al Código Civil", en *Legislación Argentina*, 1992-A, p. 235.

Suprema Corte de Buenos Aires, 09/02/05, AC 85627, "S. M. de C.", en *La Ley Buenos Aires*, 2005-3, p. 377.