

# Los derechos del paciente

Ley 26.529 comentada y concordada

Walter David Pelle



# **LOS DERECHOS DEL PACIENTE**

**LEY 26.529 comentada y concordada**

**Walter David Pelle**



Pelle, Walter David

Los Derechos del paciente : Ley 26.529 comentada y concordada / Walter David Pelle. - 1a ed. - Mar del Plata : EUDEM, 2021.

Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-8410-36-4

1. Derecho a la Salud. I. Título.

CDD 344.04

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio o método, sin autorización previa de los autores.

ISBN: 978-987-8410-36-4

*Este libro fue evaluado por el Dr. Roberto Antonio Vázquez*

Primera edición: junio 2021

© 2021, Walter David Pelle

© 2021, EUDEM

Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata  
3 de Febrero 2538 / Mar del Plata / Argentina

Arte y Diagramación: Luciano Alem y Rocío Magnani

Impreso en: Departamento de servicios Gráficos de la UNMdP, Formosa 3485, Mar del Plata.



Libro  
Universitario  
Argentino

*A la Universidad Pública*



*“Para la libertad sangro, lucho, pervivo.  
Para la libertad. Mis ojos y mis manos,  
como un árbol carnal, generoso y cautivo,  
doy a los cirujanos”*

MIGUEL HERNÁNDEZ



# INDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>13</b>
<b>LEY 26.529 .....</b>	<b>21</b>
<b>Artículo 1. Ámbito de aplicación .....</b>	<b>21</b>
1.1 Concordancias constitucionales.....	21
1.2 Concordancias con el CCC.....	21
1.3 Comentario.....	21
1.4 Derecho comparado de América del Sur.....	22
1.4.1 Chile.....	22
1.4.2 Colombia.....	22
1.4.3 Brasil.....	22
<b>CAPÍTULO I.</b>	
<b>Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud .....</b>	<b>23</b>
<b>Artículo 2. Derechos del paciente.....</b>	<b>23</b>
2.1 Concordancias constitucionales.....	25
2.2 Concordancias con el CCC.....	25
2.3 Comentario.....	25
2.4 Derecho comparado de América del Sur.....	51
2.4.1 Chile.....	51
2.4.2 Ecuador.....	54
2.4.3 Colombia.....	55
2.4.4 Uruguay.....	62
2.4.5 Bolivia.....	65
2.4.6 Brasil.....	66
2.5 Jurisprudencia.....	70

## **CAPÍTULO II.**

<b>De la información sanitaria .....</b>	<b>101</b>
<b>Artículo 3. Definición .....</b>	<b>101</b>
3.1 Concordancias constitucionales .....	101
3.2 Concordancias con el CCC .....	101
<b>Artículo 4. Autorización .....</b>	<b>102</b>
4.1 Concordancias constitucionales .....	102
4.2 Concordancias con el CCC .....	102
4.3 Comentario a los arts. 3 y 4 .....	102
4.4 Derecho comparado de América del Sur .....	106
4.4.1 Chile .....	106
4.4.2 Colombia .....	109
4.4.3 Uruguay .....	110
4.4.4 Brasil .....	112

## **CAPÍTULO III.**

<b>Del consentimiento informado .....</b>	<b>115</b>
<b>Artículo 5. Definición .....</b>	<b>115</b>
5.1 Concordancias constitucionales .....	116
5.2 Concordancias con el CCC .....	116
5.3 Comentario .....	116
5.4 Derecho comparado de América del Sur .....	130
5.4.1 Chile .....	130
5.4.2 Uruguay .....	131
5.4.3 Brasil .....	132
5.5 Jurisprudencia .....	133
<b>Artículo 6. Obligatoriedad .....</b>	<b>135</b>
6.1 Concordancias constitucionales .....	136
6.2 Concordancias con el CCC .....	136
6.3 Comentario .....	136
6.4 Derecho comparado de América del Sur .....	149
6.4.1 Chile .....	149
6.4.2 Ecuador .....	151
6.4.3 Colombia .....	151
6.4.4 Uruguay .....	152
6.4.5 Bolivia .....	153
6.4.6 Brasil .....	153

6.5 Jurisprudencia .....	154
<b>Artículo 7. Instrumentación.....</b>	<b>156</b>
7.1 Concordancias con el CCC .....	156
7.2 Comentario .....	156
<b>Artículo 8. Exposición con fines académicos .....</b>	<b>158</b>
8.1 Concordancias constitucionales .....	158
8.2 Concordancias con el CCC .....	159
8.3 Comentario .....	159
8.4 Derecho comparado de América del Sur .....	160
8.4.1 Uruguay .....	160
8.4.2 Bolivia .....	160
<b>Artículo 9. Excepciones al consentimiento informado .....</b>	<b>160</b>
9.1 Concordancias constitucionales .....	161
9.2 Concordancias con el CCC .....	161
9.3 Comentario .....	161
9.4 Derecho comparado de América del Sur .....	161
9.4.1 Chile .....	161
9.4.2 Ecuador .....	162
9.4.3 Uruguay .....	163
9.5 Jurisprudencia .....	163
<b>Artículo 10. Revocabilidad .....</b>	<b>164</b>
10.1 Concordancias constitucionales .....	164
10.2 Concordancias con el CCC .....	165
10.3 Comentario .....	165
<b>Artículo 11. Directivas anticipadas .....</b>	<b>167</b>
11.1 Concordancias constitucionales .....	167
11.2 Concordancias con el CCC .....	167
11.3 Comentario .....	168
11.4 Jurisprudencia .....	189
<b>Artículo 11 bis .....</b>	<b>197</b>
11bis.1 Concordancias constitucionales .....	197
11bis.2 Comentario .....	197
<b>CAPÍTULO IV.</b>	
<b>Delahistoriaclínic.....</b>	<b>199</b>
<b>Artículo 12. Definición y caracteres .....</b>	<b>199</b>
12.1 Concordancias constitucionales .....	199

12.2 Comentario .....	199
12.3 Derecho comparado de América del Sur .....	202
12.3.1 Chile .....	202
12.3.2 Uruguay .....	202
12.4 Jurisprudencia .....	203
<b>Artículo 13. Historia clínica informatizada .....</b>	<b>204</b>
13.1 Concordancias constitucionales .....	205
13.2 Comentario .....	205
13.3 Derecho comparado de América del Sur .....	206
13.3.1 Uruguay .....	206
<b>Artículo 14. Titularidad .....</b>	<b>207</b>
14.1 Concordancias constitucionales .....	207
14.2 Comentario .....	207
14.3 Derecho Comparado de América del Sur .....	209
14.3.1 Brasil .....	209
<b>Artículo 15. Asientos .....</b>	<b>209</b>
15.1 Concordancias constitucionales .....	211
15.2 Comentario .....	211
15.3 Derecho comparado de América del Sur .....	212
15.3.1 Brasil .....	212
<b>Artículo 16. Integridad .....</b>	<b>213</b>
16.1 Concordancias constitucionales .....	213
16.2 Concordancias con el CCC .....	213
16.3 Comentario .....	214
<b>Artículo 17. Unicidad .....</b>	<b>215</b>
17.1 Concordancias constitucionales .....	215
17.2 Comentario .....	215
<b>Artículo 18. Inviolabilidad. Depositarios .....</b>	<b>216</b>
18.1 Concordancias constitucionales .....	217
18.2 Concordancias con el CCC .....	217
18.3 Comentario .....	217
18.4 Derecho comparado de América del Sur .....	219
18.4.1 Chile .....	219
18.4.2 Colombia .....	220
18.5 Jurisprudencia .....	221
<b>Artículo 19. Legitimación .....</b>	<b>221</b>
19.1 Concordancias constitucionales .....	222

19.2 Concordancias con el CCC .....	222
19.3 Comentario .....	222
19.4 Derecho comparado de América del Sur .....	226
19.4.1 Colombia .....	226
<b>Artículo 20. Negativa. Acción .....</b>	<b>226</b>
20.1 Concordancias constitucionales .....	226
20.2 Comentario .....	227
<b>Artículo 21. Sanciones .....</b>	<b>227</b>
21.1 Concordancias constitucionales .....	228
21.2 Concordancias con el CCC .....	228
21.3 Comentario .....	228
21.4 Derecho comparado de América del Sur .....	228
21.4.1 Uruguay .....	228
 <b>CAPÍTULO V.</b>	
<b>Disposiciones generales .....</b>	<b>229</b>
<b>Artículo 22. Autoridad de aplicación nacional y local .....</b>	<b>229</b>
22.1 Concordancias constitucionales .....	229
22.2 Derecho comparado de América del Sur .....	229
22.2.1 Chile .....	229
<b>Artículo 23. Vigencia .....</b>	<b>230</b>
23.1 Concordancias con el CCC .....	230
<b>Artículo 24. Reglamentación .....</b>	<b>230</b>
24.1 Concordancias constitucionales .....	230
<b>Artículo 25 .....</b>	<b>230</b>
25.1 Concordancias constitucionales .....	230
 <b>TEXTO COMPLETO DE LA LEY 26.529 .....</b>	<b>231</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA Y DEMÁS FUENTES .....</b>	<b>241</b>



## INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional operada en la República Argentina en el año 1994 tuvo trascendencia en varios ámbitos, pero tal vez pueda destacarse como el más importante de ellos el relacionado con la inclusión de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en el bloque constitucional.

En efecto, dotar de jerarquía constitucional a dichos Tratados (art. 75 inc. 22 CN), implicó dejar atrás una serie de disputas interpretativas acerca del alcance del art. 33 de la Carta Magna, ya que antes de 1994 no todos reconocían –dentro de los “derechos implícitos” incluidos en la citada norma– la base constitucional de los derechos subjetivos a la vivienda, a la educación, y a la salud, entre otros.<sup>1</sup>

Debido a ello, hoy es indudable la jerarquía constitucional del derecho a la salud, que comprende el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (incluidas las condiciones de vida saludables, las cuales contienen también al plano ambiental) y de los servicios de salud disponibles y de buena calidad.

Bajo ese paraguas constitucional protector, deben interpretarse y ejecutarse las numerosas normas infraconstitucionales relacionadas al tema, entre las que se encuentra la ley sobre los derechos del paciente.

Luego de ser sancionada el 21 de octubre de 2009, el 19 de noviembre del mismo año fue promulgada la Ley 26.529<sup>2</sup>, que trata sobre los derechos del paciente en su relación con los profesionales e

1 Eduardo Ávalos; “Derecho a la salud: Una visión desde la jurisprudencia”, en *La Ley Suplemento Constitucional*, septiembre de 2015, n° 6, Buenos Aires, p. 3.

2 La ley tiene vigencia desde los 90 días de su publicación (art. 23), efectivizada en el Boletín Oficial del 20 de noviembre de 2009. En el año 2012 fue parcialmente mo-

instituciones de la salud, aunque de una manera acotada, pues, como lo expresa su art. 1, rige “el ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica”.

El Derecho a la Salud<sup>3</sup> tiene implicancias sustanciales no sólo para las personas físicas, sino también para el Estado, que debe tener dicho derecho debidamente tutelado teórica y prácticamente, creando las condiciones para que el mismo se efectivice en relación a todos los habitantes de nuestro suelo, ya que constitucionalmente está obligado a ello.

Por eso, es plausible que se haya sancionado y promulgado la normativa citada, luego de un largo peregrinaje en la materia.<sup>4</sup> De todos modos, en dicho complejo normativo la responsabilidad del Estado carece de consagración expresa.

Si bien la ley –de orden público, de conformidad a su art. 23- no hace más que cristalizar una serie de derechos y obligaciones que ya estaban desarrollados y receptados por la doctrina y la jurisprudencia, y aunque una visión crítica general pueda considerar positiva la presencia legislativa de los derechos del paciente, es necesario poner de manifiesto algunos puntos perfectibles de las normas analizadas, e incluso reflexionar acerca del alcance de la contribución de la ley a los derechos del paciente, enmarcados en el ámbito de los derechos a la disposición del propio cuerpo, a la información y a la salud de las personas. Dicho en otros términos, y más allá de la dimensión normológica del derecho, cabe preguntarse en qué medida la presencia de la ley modificó la realidad social del ejercicio de sus derechos por parte de los pacientes.

dificada por la Ley 26.742 (sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada de hecho el 24 de mayo de 2012, y publicada en el B.O. el 24 de mayo de 2012).

3 Para la OMS el concepto de “salud” implica hoy detentar un completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedades.

4 Ya por el año 1997 existía un Proyecto de Ley en la Excm. Cámara de Diputados de la Nación, sobre los Derechos de los Pacientes, comentado por mí en “El derecho a la salud y los derechos del paciente: comentarios acerca de un proyecto legislativo”, en Revista Nexos, Secretaría de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Año 4, n° 8, Diciembre de 1997, pp. 18 a 21.

Ello, porque en los tiempos actuales el desarrollo del derecho a la salud se encuentra influenciado por una relación médico-paciente que ya no es la de antes<sup>5</sup> (pues el lugar de la buena fe y la confianza recíproca está siendo ocupado por la desconfianza, la amenaza de pleitos y la medicina defensiva); por el aumento de litigiosidad y judicialización en el área de la salud; por la organización empresarial y en equipo de los servicios de salud (lo que plantea, cada vez más, una visión compatible con el régimen de protección de los derechos de los consumidores, con todo lo que eso implica<sup>6</sup>); por la creciente tecnificación de la salud (lo cual genera consecuencias despersonalizantes, y también aumenta los presupuestos y gastos del sistema); por el aumento de la información del ciudadano común (en una disciplina alejada de las ciencias exactas, como es la medicina, esto puede generar desavenencias entre médicos y pacientes), etc.; por lo cual la legislación debe ser extremadamente prudente como para no contribuir a

5 “El mérito de la Ley 26.529 es concretar algunos aspectos de las obligaciones de los prestadores de salud en el reconocimiento de este derecho natural. Pero la visión de la ley (...) es clásica, sesgada, desde que nos da la impresión de tratar la relación médico paciente desde una óptica tradicional... y si hay un campo de la ciencia que se ha transformado es justamente el de la medicina, que ha pasado desde el ya famoso médico de la familia a la medicina masificada, tecnificada, de consumo” (Graciela Messina de Estrella Gutiérrez; “Todos somos pacientes”, en La Ley Año LXXV N° 82, Buenos Aires, 3 de mayo de 2011, p. 3).

6 Lo dicho no es ninguna novedad en la materia, y como prueba de ello vale remontarse a los antecedentes norteamericanos, que no son intrascendentes si tenemos en cuenta que EEUU fue pionero en el desarrollo del concepto de “autonomía del paciente”. En este sentido, se ha expresado: “En 1969 la Comisión Conjunta de Acreditación de Hospitales de EE.UU. (CAHA) – privada – procedió a la revisión de su reglamento y permitió participar en esa tarea a las asociaciones de consumidores, particularmente la Organización Nacional por el Derecho al Bienestar, que presentó en 1970 un documento de 26 peticiones concretas que se considera el primer código de DD. PP.; luego de largas negociaciones un cierto número de esas propuestas fue incluido en el reglamento de la CAHA. Allí se definía a los pacientes como “consumidores de servicios sanitarios” y se afirmaba que el director de un hospital podía ser sancionado por negligencia ante daño producido al paciente por su incumplimiento” (Jorge Luis Manzini; “Acercas de los Derechos de los Pacientes, análisis crítico de normativas propuestas”, en Quirón 1998; N° 29, Buenos Aires, pp. 84 a 86).

generar aún más problemas.<sup>7</sup> Como se verá más adelante, algunas de las normas de la Ley 26.529 no sólo no contribuyen a un mejoramiento de la cuestión, sino que incluso parecen brindar elementos para empeorarla.

Así las cosas, se torna necesario efectuar un análisis crítico equilibrado acerca de la ley de los derechos de los pacientes, que permita subrayar sus aciertos y resaltar sus defectos con el ánimo de lograr un sistema normativo mejor y más compatible con las necesidades de nuestra sociedad en la actualidad, y también con el resto del derecho vigente (sobre todo, en el plano constitucional y convencional).

En dicho análisis, debe subrayarse la influencia que la bioética debe tener en la formación de las normas jurídicas, dando lugar a lo

<sup>7</sup> Ya hace varios años, ante la presentación de proyectos legislativos de regulación de los Derechos de los Pacientes, varias voces se alzaron manifestando preocupación acerca de los efectos de las normas propuestas. Así, en el trabajo citado en la nota anterior, Manzini expresó: “(...) el aspecto quizás más importante para el análisis crítico de estas propuestas, es el uso que se hará de ellas: Una posibilidad es, como en el caso de la Declaración de Lisboa, una toma de posición de la profesión médica frente a las autoridades de cada país. Otra podría ser, con fuerza de ley y como iniciativa parlamentaria, pretender educar a los prestadores sanitarios al respecto. Finalmente una muy distinta sería la intención de movilizar a los “consumidores” sanitarios para que exijan el cumplimiento de sus derechos a los prestadores. Creo que esta última, dadas las insuficiencias de todo orden de que adolecen los distintos sistemas de salud de la Argentina de nuestros días, y la necesidad de tiempo y educación que implica para prestadores y “consumidores” un cambio cultural como el que exige el consentimiento informado, sólo llevaría a un aumento de la disconformidad y a una mayor frustración por parte de todos los involucrados, de imprevisibles consecuencias. Se repetiría de ese modo además, la historia del movimiento en EE.UU. Además, hacer conocer a los pacientes (“consumidores”) sus derechos para que éstos exijan su cumplimiento, implica a mi juicio la ingenuidad de pretender reducir la complejidad y la gravedad de la relación humana que es el centro de la práctica médica, a un esquema contractual de “yo merezco, tú me debes”. Porque desaparecen la espontaneidad, el efecto terapéutico de la persona del médico sobre el paciente (ante su desconfianza), y la disposición al servicio franco y despreocupado por parte del profesional al ver en el enfermo a un suspicaz examinador de sus conductas para un eventual litigio. La deshumanización de la medicina, por influencia (entre otras razones) del movimiento de los DD. PP., ha llevado a la peligrosa medicina defensiva. Muy poco satisfactorio es lo que se ha podido conseguir de este modo”.

que en doctrina se ha denominado “bioderecho”, recordando asimismo que

El derecho suele requerir la formación de estrategias y tácticas orientadas respectivamente al conjunto de las decisiones o a sus partes. Se ha definido al “bioderecho” como la “ciencia que tiene como objeto la fundamentación y la pertinencia de las normas jurídicas-positivas, de *lege ferenda* y de *lege lata*, para lograr y verificar su adecuación a los principios y valores de la ética en relación con la vida humana.”<sup>8</sup>

Dada la gran proyección que suelen tener las cuestiones del bioderecho, parece evidente que se ha de tener una visión al propio tiempo estratégica y táctica, por ejemplo, no confundiendo las soluciones a corto, mediano o largo plazo”.<sup>9</sup> Por ello, será interesante analizar si han sido incorporados debidamente los contenidos bioéticos largamente aceptados por la doctrina y jurisprudencia en la Ley 26.529.<sup>10</sup>

Asimismo, luego de la sanción de nuestro Código Civil y Comercial (Ley 26.994), es necesario verificar si sus contenidos son coherentes con los de la ley sobre los derechos del paciente, o si esta última

8 María D. Vila-Coro; citada por Carlos A. Guersi en “La bioética y el bioderecho. Herramientas del siglo XXI y la época postmoderna”, en Jurisprudencia Argentina del 28 de octubre de 1998, número especial de Bioética, Buenos Aires, p. 18.

9 Miguel A. Ciuro Caldani; “La elaboración de las normas del Bioderecho”, en Jurisprudencia Argentina del 28 de octubre de 1998, número especial de Bioética, Buenos Aires, p. 66.

10 Sobre la forma de elaboración de las leyes relativas a temas bioéticos, se ha destacado que “al elaborarlas cabe observar criterios que comúnmente no se observan en la labor legislativa ordinaria”; y –como ejemplo de ello- se ha puesto el caso de Francia, cuya legislación “establece que todo proyecto de reforma sobre temas éticos y las cuestiones sociales traídas por el progreso de los conocimientos en los dominios de la biología, la medicina y la salud debería ser precedido de un debate público organizado a iniciativa del Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud, luego de consultarse a las comisiones parlamentarias competentes y a la Oficina parlamentaria de evaluación de las investigaciones científicas y tecnológicas. (...) Todo ello contribuye -a no dudarlo- a la obtención de un gran consenso social que no puede lograrse sólo a través de los canales parlamentarios” (Salvador Darío Bergel; “La elaboración de leyes sobre bioética”, en La Ley Año LXXV N° 171, Buenos Aires, 8 de septiembre de 2011, pp. 1 y 2).

requiere de alguna adaptación para mantener la coherencia con el citado cuerpo normativo. Ello es importante, porque el CCC incursiona en el área de los derechos del paciente, ya que regula materias como el consentimiento informado, las directivas anticipadas, los actos de disposición del propio cuerpo, entre otros; sin olvidar que en materia de capacidad de ejercicio también introduce contenidos relevantes en cuanto a la materia analizada (art. 26).

De todos modos, es necesario recordar que –como en tantas otras temáticas– una ley es incapaz –por sí sola– de solucionar los problemas de fondo para garantizar el pleno ejercicio de un derecho personalísimo como la salud.<sup>11</sup>

Exigirle esa tarea, titánica por cierto, a una ley o a un complejo legal, constituye un acto de sobreestimación de la norma, de simplificación del problema, y –en definitiva– de aseguramiento del fracaso.

Lo anterior cobra sentido si tenemos en cuenta que, en nuestro país, un elevado porcentaje de la población no tiene servicios de salud (por estar alejados de los centros urbanos, por ejemplo), o no los tiene en forma adecuada (por carecer de cobertura social y depender exclusivamente de los servicios estatales, que si bien son destacables en un mundo que generalmente no los ofrece, indudablemente carecen de los recursos y la infraestructura necesaria para garantizar el acceso a la salud a todos). Ello implica, en pocas palabras, que una ley sobre los derechos de los pacientes es incapaz de solucionar los problemas de fondo, porque muchos no logran llegar a ser “pacientes”.

Por eso, el presente trabajo plantea un análisis de la Ley 26.529 de cara al futuro, para profundizar los avances que implica y tratar de remover los errores en que incurre, pero sobre todo para poner en la agenda de debate de cada uno de nosotros (y, por qué no, de los más elevados operadores jurídicos) las cuestiones referidas al pleno ejercicio de los derechos a la salud y a la disposición del propio cuerpo en nuestro país, que requiere no sólo de una legislación acorde a las

11 Walter David Pelle; “El derecho a la salud y los derechos del paciente: comentarios acerca de un proyecto legislativo”, en Revista Nexos, Secretaría de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Año 4, nº 8, diciembre de 1997, p. 18.

necesidades de nuestra sociedad, sino también del esencial acompañamiento de una política social y de distribución de recursos federal y equitativa en todo el país, a la altura de las circunstancias, pues estamos nada menos que ante una cuestión inmersa en el área de los Derechos Humanos.

También tiene como objetivo brindar una herramienta útil a los abogados litigantes y a los profesionales y demás actores del área de la salud, para desarrollar sus tareas del mejor modo posible. Por ello se incluyen notas jurisprudenciales y de derecho comparado, ya que, conjuntamente con la doctrina, constituyen fuente material apreciada en materia jurídica.



## **LEY 26.529. Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado**

**ARTÍCULO 1** **Ámbito de aplicación.** El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.

### **1.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 75 Inc. 32 CN.

### **1.2 Concordancias con el CCC:**

Art. 4.

### **1.3 Comentario**

Como quedó dicho en el capítulo introductorio, la ley se ocupa de regular el ejercicio de los derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, en el marco previsto en la norma comentada.

Si bien, visto desde el amplio espectro del derecho a la salud, el universo de los derechos del paciente es más vasto que lo previsto en el contenido de esta ley, la misma se encarga de los aspectos más relevantes desde el punto de vista del ejercicio de las facultades jurídicas implicadas. Así, desde el análisis del objeto que constituye el ámbito de aplicación de la ley (el aspecto subjetivo aparecerá en el siguiente artículo), no puede soslayarse que lo atinente a la autonomía de la voluntad (ligada al consentimiento informado, al respeto por la voluntad individual y a la disposición del propio cuerpo), a la información (relacionada con la intimidad de las personas y también con la posibilidad de tomar decisiones libres y responsables) y a la documentación

clínica (vinculada con la historia clínica vista como instrumento informativo que contribuye a un tratamiento adecuado, no sólo como medio probatorio en un hipotético conflicto judicial), constituye un pilar esencial desde el cual parte necesariamente el ejercicio regular y propicio de los derechos del paciente.

## **1.4 Derecho comparado de América del Sur**

### 1.4.1 Chile:

Ley 20.584: Artículo 1: Esta ley tiene por objeto regular los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención de salud.

Sus disposiciones se aplicarán a cualquier tipo de prestador de acciones de salud, sea público o privado. Asimismo, y en lo que corresponda, se aplicarán a los demás profesionales y trabajadores que, por cualquier causa, deban atender público o se vinculen con el otorgamiento de las atenciones de salud.

### 1.4.2 Colombia:

Ley Estatutaria 1.751: Artículo 1: Objeto. La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

### 1.4.3 Brasil:

Carta de los Derechos de los usuarios de salud (Ley Portaria 1.820/2009): Artículo 1: Se disponen los derechos y deberes de los usuarios de la salud en los términos de la legislación vigente.

## **CAPÍTULO I**

### **Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud**

**ARTÍCULO 2. Derechos del paciente.** Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

a. **Asistencia.** El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b. **Trato digno y respetuoso.** El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c. **Intimidad.** Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la con-

fidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

**d. Confidencialidad.** El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

**e. Autonomía de la voluntad.** 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. 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. 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. (Inciso sustituido por art. 1 de la Ley N° 26.742, B.O. 24/5/2012).

**f. Información sanitaria. El paciente tiene 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.**

**g. Interconsulta médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.**

## **2.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 42, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 2, 3, 5, 11, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 6, 7, 12, 18, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 11, 12, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 16, 17, 18, 24, 26, 27 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 3, 6, 12, 24, 26 Convención sobre los Derechos del Niño; arts. 3, 5, 7, 17, 22 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

## **2.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 26, 51, 52, 59 y ccs.

## **2.3 Comentario**

El art. 2 de la Ley 26.529 enumera y desarrolla brevemente los “derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate”.

La primera acotación que puede realizarse es que la ley, al referirse a los “profesionales de la salud”, parece dejar fuera de su entramado a los técnicos y demás auxiliares que también tienen injerencia en la

atención de los pacientes. Probablemente el recurso jurídico de la extensión analógica –admitido en el derecho civil (art. 2 CCC)- zanje en el futuro la estrechez mencionada.

En segundo lugar, la expresión “agentes del seguro de salud” no incluye a las entidades de medicina prepaga ni a otras no consideradas técnicamente obras sociales adheridas al Sistema Nacional de Seguro de Salud (por ejemplo, las que brindan servicios de salud al personal de las fuerzas armadas). Si ello generara algún conflicto en el ámbito judicial, teniendo en cuenta que en general la jurisprudencia extiende las obligaciones propias de los Agentes del Sistema a otras entidades que brindan similares servicios en el área de la salud, estimo que una vez más la interpretación analógica de la ley –junto con la fuerza normativa de los derechos humanos incorporados en nuestra Constitución Nacional- pondría luz a la cuestión y posibilitaría la resolución del litigio.

Cabe acotar que el Decreto 1.089/2.012 (reglamentario de la Ley 26.529), determina en el art. 1 de su Anexo: “La presente reglamentación alcanza el ejercicio de los derechos del paciente, como sujeto que requiere cuidado sanitario en la relación que establece con los profesionales de la salud. Incluye la documentación clínica regida por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 y complementa las respectivas leyes y reglamentaciones del ejercicio profesional en salud. En lo que refiere al derecho a la información, esta reglamentación complementa la Ley N° 25.326, sus normas reglamentarias y la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742. Asimismo, este decreto comprende a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud alcanzados por la Ley N° 23.661, respecto a la relación entre ellos y sus prestadores propios o contratados con sus beneficiarios, cualquiera sea la jurisdicción del país en que desarrollen su actividad”.

El primer derecho enumerado en la norma analizada es el de **asistencia**. En efecto, el inciso a) del art. 2 expresa que “El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo ni distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de

asistencia, cuando se hubiera hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente”.

Si bien no dudo acerca de las buenas intenciones del legislador acerca de la prioridad de trato consagrada a favor de “niños, niñas y adolescentes”, llama la atención que se hayan omitido grupos de alta vulnerabilidad como los ancianos, las personas con discapacidad y los enfermos graves.

Se trata de un claro caso de discriminación por omisión que únicamente podría fundarse en un criterio selectivo utilitarista que pretenda priorizar la atención de los más jóvenes por tener en general mayor cantidad de años de vida por delante, lo cual está alejado del trato digno que toda persona merece. Es una muestra, en definitiva, de que en algunas oportunidades no es conveniente que la ley contenga más expresiones que las necesarias, aunque las mismas sean bienintencionadas, pues axiológicamente pesan más los despojos generados a los omitidos, que las prioridades concedidas a los incluidos.

En cuanto a la última parte del inciso transcrito, considero oportuno apuntar que si bien la “objeción de conciencia” subyace en el texto, no se manifiesta expresamente como causal de omisión de asistencia.

Sin perjuicio de todo ello, cabe agregar que Decreto 1.089/2.012 (reglamentario de la ley) establece en el art. 2 de su Anexo:

A los fines de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, considérase efector a toda persona física o jurídica que brinde prestaciones vinculadas a la salud con fines de promoción, prevención, atención y rehabilitación.

La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar el correcto ejercicio de los derechos reconocidos por esta Ley a los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud por parte de los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud de todo el país, comprendidos por la Ley N° 23.661.

a) Asistencia. Considérase que el derecho de los pacientes a ser asistidos involucra el deber de los profesionales de la salud de cumplir con lo previsto por el artículo 19 de la Ley N° 17.132, cuando la gravedad del estado del paciente así lo imponga. En ningún caso, el

profesional de la salud podrá invocar para negar su asistencia profesional, reglamentos administrativos institucionales, órdenes superiores, o cualquier otra cuestión que desvirtúe la función social que lo caracteriza.

Deberá quedar documentada en la historia clínica la mención del nuevo profesional tratante si mediara derivación, o bien, la decisión del paciente de requerir los servicios de otro profesional.

Sin perjuicio de ello, cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las Leyes N° 23.849, N° 26.061 y N° 26.529.

El segundo derecho enumerado en el artículo 2 de la ley es el de **trato digno y respetuoso**:

(...) El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a sus familiares y acompañantes.

Este inciso guarda relación con el anterior y el siguiente, por lo que sus comentarios son también aplicables al mismo.

No es comprensible la razón por la cual la denominación de los sujetos pasivos de los derechos de los pacientes muta sugestivamente del primer inciso al segundo, pues los obligados dejan de ser los “profesionales de la salud” para pasar a ser los “agentes del sistema de salud”. Esta segunda denominación nos hace pensar más en las instituciones (personas jurídicas) que integran el sistema de salud, que en las personas físicas que se relacionan con el paciente (médicos, enfermeras, empleados administrativos, etc.). Sin embargo, tanto unas como otras deben respetar el trato digno y respetuoso del paciente.

En relación a este derecho, el art. 2 del Anexo del decreto reglamentario determina:

(...) b) Trato digno y respetuoso. El deber de trato digno se extiende a todos los niveles de atención, comprendiendo también el que deben dispensarle a los pacientes y su familia y acompañantes sin discriminación alguna, los prestadores institucionales de salud y sus empleados, y los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud, alcanzados por la Ley N° 23.661 y su reglamentación. Ello, teniendo en cuenta la condición de persona humana del paciente, quien necesita de los servicios de salud, así como de la ciencia y competencia profesional que los caracteriza.

Obviamente, el respeto de la dignidad e intimidad de la persona es esencial en la atención y tratamiento de los pacientes. No sólo porque esa debe ser la regla en toda relación humana, sino también porque el paciente se encuentra –debido a la circunstancia que atraviesa su salud- en una condición de inferioridad o vulnerabilidad que potencia la relevancia del trato digno y respetuoso, a efectos de sostener su integridad psicológica y moral.

La Ley de Salud Mental n° 26.657, visiblemente preocupada por la defensa de los derechos humanos de las personas con discapacidad, dispone, en su art. 29, que:

A los efectos de garantizar los derechos humanos de las personas en su relación con los servicios de salud mental, los integrantes, profesionales y no profesionales del equipo de salud son responsables de informar al órgano de revisión creado por la presente ley y al juez competente, sobre cualquier sospecha de irregularidad que implicara un trato indigno o inhumano a personas bajo tratamiento o limitación indebida de su autonomía. La sola comunicación a un superior jerárquico dentro de la institución no relevará al equipo de salud de tal responsabilidad si la situación irregular persistiera. Dicho procedimiento se podrá realizar bajo reserva de identidad y contará con las garantías debidas del resguardo a su fuente laboral y no será considerado como violación al secreto profesional.

Debe promoverse la difusión y el conocimiento de los principios, derechos y garantías reconocidos y las responsabilidades establecidas en la presente ley a todos los integrantes de los equipos de salud, dentro de un lapso de NOVENTA (90) días de la sanción de la presente ley, y al momento del ingreso de cada uno de los trabajadores al sistema.

Esto último es muy importante, porque propicia el cambio cultural sin el cual la ley no tendrá éxito. De todos modos, y luego de asistir personalmente a algunas instituciones implicadas con el sistema de salud de personas con discapacidad mental, me permito dudar acerca del cumplimiento de lo prescrito en la norma.

El tercer inciso del art. 2 de la Ley 26.529 consagra el derecho a la **intimidad** de los pacientes, al establecer que

“Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley n° 25.326”. La mencionada Ley 25.326 se refiere a la protección de datos personales, conocida comúnmente por la regulación del *habeas data*.

Por su parte, el art. 2 del Anexo del Decreto reglamentario de la Ley 26.529 expresa, en su parte pertinente: “(...) c) Intimidad. A los fines de esta reglamentación entiéndese por datos personales a la información de cualquier tipo referida a los pacientes, en su condición de tales, y en especial a sus datos sensibles, entendidos como los datos personales que revelan origen étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual, con los alcances previstos por la Ley N° 25.326. Considérase que es un deber de los profesionales de la salud y de las instituciones asistenciales el respeto de la intimidad de los pacientes y de la autonomía de su voluntad, en toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente y en especial respecto a sus datos sensibles”.

Estrechamente relacionado con el anterior, el cuarto derecho enumerado en el artículo es el derecho a la **confidencialidad**:

(...) El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien

tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente.

Lo expresado se relaciona con el conocido “secreto profesional”, y estimo que la ley podría haber contemplado –como causal de levantamiento del deber de confidencialidad– también el interés público epidemiológico declarado por la autoridad administrativa. En efecto, en tiempos en que por numerosas razones suelen aparecer con fuerza enfermedades epidémicas entre la población (por desastres naturales como inundaciones, por ser más frecuentes los contactos con otras culturas a través del turismo, etc.), no es irrazonable dotar a las autoridades administrativas (con posibilidades de reaccionar más rápida y genéricamente que el Poder Judicial) a levantar el secreto profesional si fuera necesario para la lucha de la enfermedad en cuestión. Obviamente, ello requeriría del ejercicio prudente de dicha facultad, pues debería tenerse en cuenta el principio restrictivo descrito en la norma analizada. Obsérvese, precisamente, que la salud pública aparece como causal de relevamiento del deber de confidencialidad en el decreto reglamentario.

En efecto, el citado decreto determina, en el art. 2 de su Anexo:

(...) d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que todo aquello que llegare a conocimiento de los profesionales de la salud o sus colaboradores con motivo o en razón de su ejercicio, y de quienes manipulen su documentación clínica, no se dé a conocer sin su expresa autorización, salvo los casos que la ley que se reglamenta u otras leyes así lo determinen, o que medie disposición judicial en contrario o cuando se trate de evitar un mal mayor con motivo de salud pública. Todos estos supuestos, en los que proceda revelar el contenido de los datos confidenciales, deberán ser debidamente registrados en la historia clínica y, cuando corresponda, ser puestos en conocimiento del paciente, si no mediare disposición judicial en contrario. El deber de confidencialidad es extensivo a toda persona que acceda a la documentación clínica, incluso a quienes actúan como aseguradores o financiadores de las prestaciones. Responde por la confidencialidad no sólo el profesional tratante sino la máxima autoridad del establecimiento asistencial, y de las instituciones de

la seguridad social o cualquier otra instancia pública o privada que accede a la misma.

El inciso e) de la ley se refiere a la **autonomía de la voluntad**.

El referido inciso tuvo como texto original el siguiente:

(...) 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. 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;

pero dicho texto inicial ha sufrido una importante modificación.

En efecto, el 30 de noviembre de 2011, la H. Cámara de Diputados de la Nación Argentina confirió su media sanción a un proyecto legislativo conocido en los medios masivos de comunicación como el proyecto de “muerte digna” (y que, en realidad, va más allá del tratamiento de dicho tema), que se convirtió en ley en el año 2012.

Dicha ley –que lleva el nº 26.742- modificó algunos artículos de la Ley 26.529, entre ellos el art. 2 inc. e), que entonces quedó redactado del siguiente modo:

(...) e) Autonomía de la voluntad. 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.

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.

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 extraor-

dinarias o desproporcionadas en relación a 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.

Como puede observarse, el texto agregado tiene por fin aventar cualquier duda en caso de que el sujeto tome una decisión contraria al sostenimiento de su propia vida, brindando tanto tranquilidad a los profesionales actuantes, como la posibilidad de evitar la judicialización de la cuestión ante la tensión generada entre los derechos a la disposición del propio cuerpo y a la dignidad, y los derechos a la salud física y a la vida; o, dicho de otro modo, entre el modelo de autonomía (derecho a rechazar un tratamiento) y el modelo paternalista (que privilegia el deber de la atención de la salud). Ello es acertado. En efecto,

En el umbral de la muerte, la toma de decisiones, que está cargada de emocionalidad para el enfermo, la familia y los médicos asistentes, sólo tiene sentido en el marco del respeto a la dignidad del paciente; es cierto que el deber de asistencia –con su histórico paternalismo– entra en colisión con la autonomía del paciente, pero la preservación no es defendible a ultranza y el derecho a la salud y a la vida digna le ponen límites. Desde esta arista reflexiva, no corresponde sostener que, frente al diagnóstico médico, el enfermo grave pueda ser sometido forzosamente a una terapia (...) La negativa debe respetarse, aun cuando aquel diagnóstico y pronóstico pongan en evidencia la posibilidad de la muerte al no someterse a dichas terapias.<sup>12</sup>

De todos modos, considero que el texto originario de la ley igualmente permitía que el paciente tome las decisiones que el agregado menciona

12 Edgardo Saux, Luis D. Covi; “Muerte digna, en pleno debate”, en Derecho Privado, Año I N° 1, Bioderecho, Infojus, Buenos Aires, mayo de 2012, pp. 136 y 137.

en las circunstancias allí reseñadas (pues no limitaba el campo de su autonomía de voluntad a determinados supuestos, e incluso permitía el ejercicio de sus derechos sin expresión de causa alguna). Sobre todo, y como se verá más adelante, debido a la conexión del inc. E) del art. 2 con las normas referidas al consentimiento informado (arts. 5 y ss.) y a las directivas anticipadas (art. 11), que se analizarán oportunamente.

Igualmente, en un campo tan espinoso como el de la llamada “muerte digna”, no es criticable la reforma señalada, pues no deja dudas en una cuestión que fue sumamente debatida y que está teñida de subjetivismo a la hora de decidir el destino de un conflicto.

Por coincidir plenamente con cada una de sus palabras, me permito citar aquí a Adriel Roitman, quien –luego de analizar la reforma a la Ley 26.529 por parte de la ley de muerte digna- concluye:

(...) Como vimos, de acuerdo a la normativa existente el paciente ya tenía la potestad suficiente para aceptar o rechazar tratamientos con o sin expresión de causa. Por ello, podemos afirmar que el reconocimiento de este derecho a través de la ley de ‘muerte digna’, resulta un tanto superfluo, aunque su incorporación sea un tanto más categórica. No obstante, hay un punto que adquiere relevancia y merece ser destacado. La previsión que libera de responsabilidad a los profesionales intervinientes que hayan obrado conforme al texto legal, adquiere virtualidad y modifica el estado de situación. En este caso, el cambio es más que significativo, en tanto termina por echar por tierra cualquier tipo de interpretación que conlleve a pensar cualquiera de las conductas descriptas como homicidio, asistencia al suicidio, eutanasia o cualquier otro tipo de acto criminal. Cumplidos todos los requisitos legales y formales, si cualquiera de los legitimados para consentir rechazan la reanimación artificial o las medidas de soporte vital, el médico podrá respetar la voluntad, sin temor a ser juzgado por hacerlo. No obstante lo dicho, resulta ingenuo pensar que la sola inclusión legislativa redunde inmediatamente en la aceptación de este tipo de prácticas, en todo ámbito y en todo momento. El cambio debe ser cultural, idiosincrático. En este marco, no puede soslayarse que la amplia difusión que la temática ha recibido en los últimos tiempos, ha puesto en un lugar preponderante el debate sobre las decisiones vinculadas sobre el final de la vida. De esta forma, el cambio propuesto es cada vez más próximo y la reforma de

la Ley 26.529 constituye una herramienta de inobjetable trascendencia para ello.<sup>13</sup>

Es oportuno recordar que el 7 de julio de 2015 nuestra Excma. C.S.J.N. permitió, en los autos “D., M. A. s/ Declaración de incapacidad”, el retiro del “soporte vital” a un hombre que llevaba más de veinte años en estado vegetativo; ante el pedido de sus hermanas, que refirieron que él había manifestado oralmente su voluntad en tal sentido para el hipotético supuesto en el que finalmente se encontraba. Dicho fallo, que se citará más extensamente al analizar las directivas médicas anticipadas (DMA), puso fin a una disputa doctrinaria acerca de si el retiro del soporte vital era o no lícito.<sup>14</sup>

En cuanto a la intervención de los niños, niñas y adolescentes en el proceso de toma de decisiones acerca de su salud, la disposición inserta en el inc. e) del art. 2 de la ley sobre derechos del paciente no hace más que encolumnarse coherentemente con el Principio de Progresividad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (de rango constitucional), y por ello se hace mención a la Ley 26.061 (de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes). Resulta oportuno recordar que lo dispuesto se relaciona con el concepto bioético de “competencia”, superador de la idea de “capacidad” jurídica, que merecerá mayor tratamiento más adelante, y que si bien no se encuentra debidamente incorporado a la ley, aparece con mayor luminosidad en su reglamentación.

Con respecto al ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de niñas, niños y adolescentes, más allá de los contenidos de la Ley 26.529, resulta esencial analizar la normativa que incorpora el nuevo CCC, en su art. 26. En efecto, el 7 de octubre del año 2014 fue promulgada la Ley 26.994, que introduce en nuestro ordenamiento

13 Adriel J. Roitman; “La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529”, en Suplemento Especial Identidad de Género – Muerte Digna, La Ley, Buenos Aires, mayo de 2012, pp. 121 y 122.

14 Sólo como ejemplo de la diversidad de opiniones en la materia, pueden confrontarse las de Adriel J. Roitman, *Ibid.*, p.119; y la de Eduardo A. Sambrizzi; “Muerte digna: modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente”, en el mismo Suplemento Especial citado en la nota anterior, pp. 124 y 125.

jurídico el nuevo Código Civil y Comercial argentino, con vigencia desde el 1 de agosto de 2015.

Dicho cuerpo legal regula la temática referida a los Derechos Personálísimos de manera coherente con las normas constitucionales vigentes desde 1994, haciéndose eco de la creciente constitucionalización del derecho privado ocurrida en los últimos tiempos.

En ese orden de ideas, incorpora –en su art. 26– el tratamiento del ejercicio del derecho a la disposición del propio cuerpo por parte de los adolescentes; pudiéndose observar con claridad en el texto de dicha norma el influjo de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN).

Si bien todo ello es plausible, resulta conveniente analizar si los adolescentes de nuestro país podrán ejercer responsablemente dicho derecho, sobre todo a la luz de la educación y la información con que cuentan.

Es innegable la importancia de la cuestión, así como la injerencia que tienen en la misma las políticas públicas que se adopten en materia educativa y de comunicación en general.

El art. 25 del nuevo Código Civil, luego de mantener la actual categoría de “menor de edad” para las personas que no hayan cumplido 18 años, incorpora la noción de “adolescente”, definiendo al mismo como aquella “(...) persona menor de edad que cumplió trece años”.

Por su parte, en lo que aquí interesa, el art. 26 establece:

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (...)

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

El reconocimiento del ejercicio propio de sus derechos, por parte de los niños, de manera creciente y en proporción a la madurez alcanzada, no es nuevo en el derecho argentino.

En efecto, ya la Ley 23.849 (promulgada el 16 de octubre de 1990) incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Convención sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General de la ONU. el 20 de noviembre de 1989); la cual alcanzó jerarquía constitucional a través de la reforma de nuestra Carta Magna del año 1994 (art. 75 inc. 22). Dicha Convención, que define al Niño como “(...) todo ser humano menor de 18 años de edad (...)” (art. 1), se sustenta, entre otros, en el principio que reconoce el ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños (arts. 5, 12, 14 inc. 2, y 28).

Es claro que la regulación del nuevo código, respecto del derecho a la disposición del propio cuerpo por parte de los niños, incorpora dicho principio. Por ello, presume que desde los 13 años (al alcanzar la categoría jurídica de “adolescente”), el menor de edad puede decidir por sí respecto de tratamientos no invasivos que no comprometan su estado de salud ni provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física (si se tratara de tratamientos invasivos o riesgosos también se requiere el consentimiento del adolescente pero con la asistencia de sus progenitores, y en caso de conflicto el juez lo dirimirá teniendo en cuenta el interés superior del niño y la opinión médica acerca de la conveniencia o no de la realización del acto médico).<sup>15</sup> Debido a lo

15 Excede el objeto de este trabajo el análisis conceptual acerca de algunos vocablos incorporados en la norma (“invasivos”, “riesgo grave”, etc.), que seguramente reque-

mismo, desde los 16 años de edad el adolescente es equiparado a un adulto para toda decisión atinente al cuidado de su propio cuerpo.

Es necesario recordar que estamos ante esenciales derechos personalísimos estrechamente vinculados, pues el cuidado y la disposición del propio cuerpo se relacionan con el derecho a la salud, a la atención médica adecuada, y a la vida.

Obviamente, era necesario en nuestro derecho “alinear” los contenidos del Código Civil con la Constitución Nacional, pues con anterioridad a la reforma ambos partían de concepciones ideológicas dispares (lo cual era lógico, pues tuvieron origen en épocas y circunstancias históricas muy diferentes).

Desde esa necesidad, y en líneas generales, las disposiciones del nuevo código son acertadas. Pero cabe preguntarse si, desde la dimensión sociológica, están dadas las condiciones para que los adolescentes ejerzan de modo responsable los derechos previstos en el citado art. 26.

Es indudable que, desde el mero aspecto normativo, el régimen establecido por el nuevo código se encuentra plenamente justificado, pues se adecua a lo prescripto constitucionalmente.

Asimismo, desde el aspecto valorativo o dikelógico, la norma también es plausible, ya que el acogimiento del principio progresivo para el ejercicio de los derechos de los niños no es nada más ni nada menos que respetar la personalidad jurídica de éstos, así como la evolución de su discernimiento y madurez, desde su génesis a la mayoría de edad. Las cualidades de una persona no surgen de la noche a la mañana, las posibilidades de los sujetos en el ámbito jurídico no se plasman instantáneamente con la llegada del cumpleaños número 18, sino que se desarrollan en el camino evolutivo natural del ser humano, que va adquiriendo progresivamente habilidades, potestades jurídicas y también –por qué no- responsabilidades y obligaciones. El paralelismo entre la naturaleza y la evolución biológica (con todas sus implicancias) y el derecho, no es más que una respuesta sincera por parte del Derecho, un acto de justicia.

rirá de la tarea conjunta de la doctrina y de la jurisprudencia a efectos de interpretar-los y aplicarlos debidamente en los casos concretos.

Ahora bien, desde el punto de vista sociológico, es importante tener en cuenta algunos temas fundamentales, pues si desde la realidad social no están dadas las condiciones para que la norma tenga una efectividad responsable, tendrá como destino su reforma o –lo que es peor– su inobservancia.

En tal sentido, cabe observar que, si el código permite a los adolescentes el ejercicio por sí mismos del derecho a la disposición del propio cuerpo (en los términos ya referidos), está suponiendo que dichos adolescentes cuentan con los elementos necesarios para que dicho ejercicio sea consciente, y para que les sea favorable el resultado de sus decisiones.

Lo dicho no es un tema menor, pues el régimen analizado presume una serie de potestades desde los 13 años, y considera a los sujetos de 16 años como adultos para el cuidado de su cuerpo (y con ello de su salud, de su calidad de vida, de su dignidad, etc.).

Considero que, para que la norma analizada cumpla con el fin previsto por el bienintencionado legislador, los niños deben contar con el soporte de una información adecuada, de una educación orientada a la temática aquí en estudio, y de medios y mecanismos de comunicación que contribuyan a su rápida formación responsable en la materia.<sup>16</sup>

No es casual que la Convención sobre los Derechos del Niño consagre una serie de normas destinadas a los derechos a la educación, a la información, a la comunicación; y a las obligaciones que los Estados deben asumir en la materia. Así, su art. 13 expresa, en su parte pertinente, que

“El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño (...)”.

Por su parte, el art. 17 determina:

16 De otro modo, además, difícil sería la concreción del consentimiento informado para actos médicos requerido en el art. 59 del nuevo Código.

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes: a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29; b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales; c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños; d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena; e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

Asimismo, el art. 23 establece, en su inciso 4:

Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los modos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Además, y refiriéndose directamente al derecho a la salud, en el art. 24 inciso e) establece la obligación de los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para “Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y

reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos (...)”. En cuanto a la educación, el art. 28 expresa:

28. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella (...)
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas; (...)

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los modos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo;

mientras que el art. 29 reza:

29. 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; (...)
- d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre (...).

El rol del Estado y de las políticas públicas, entonces, son esenciales para gestar el hábitat sociológico para que los adolescentes pueden ejercer por sí el derecho a la disposición del propio cuerpo de manera informada y responsable. Sin las condiciones elementales (información, educación, concientización), la norma del art. 26 del nuevo Código Civil no tendrá los buenos resultados esperados.

En este caso, como en tantos otros, es indudable que los tres Poderes del Estado tienen que trabajar en conjunto para la consecución de los elevados fines propuestos constitucionalmente, pues de lo contrario

nos encontraremos con normas cercanas a la perfección pero alejadas de la realidad y de su efectivización cotidiana.

Dicho lo anterior, resulta interesante repasar algunos datos estadísticos de nuestro país, a fin de evaluar en qué condiciones ha de tener vigencia la norma analizada, y qué medidas habría que tomar en el futuro para optimizar su aplicación.

Según información oficial publicada por UNICEF<sup>17</sup>, en el año 2010, en la provincia de Buenos Aires 25,8% de los alumnos de 5to. año tuvieron un bajo rendimiento en Lengua, porcentaje que ascendió a más de 40% en las provincias de Catamarca, Santiago del Estero, Chaco y Formosa. Se destaca la importancia de esta asignatura, por su relación con la lectura y la comprensión de textos, herramientas necesarias para aprehender los conceptos esenciales para tomar decisiones responsables en el área de salud.

En la misma línea de pensamiento, aún más graves son las conclusiones de las mediciones del rendimiento alcanzado en cuanto a la lectura: 57,9% de los jóvenes de 15 años no superaron el umbral mínimo de lectura en la prueba internacional PISA en el año 2010, con un sensible retroceso respecto de igual prueba del año 2006.<sup>18</sup> Si la lectura se dificulta, el acceso a la información y a la educación general y sanitaria adecuadas para la toma de decisiones responsables, se transforma en una quimera.

Asimismo, también conforme a la información suministrada por UNICEF en la fuente ya referida, en la provincia de Misiones, 24% de las madres son analfabetas o tienen la educación primaria incompleta (el porcentaje es 34,6% en el caso de madres adolescentes), mientras que en la provincia de Buenos Aires es 10,1%, en Santa Cruz y en Salta 23%, y en el país el porcentaje es 6,95% (siempre según información oficial suministrada por el Estado argentino, correspondiente al año 2011). Obviamente, la influencia de las madres en la formación y educación de sus hijos es determinante, y si ellas no cuentan con la

17 Datos extraídos de <http://infoargentina.unicef.org.ar> en noviembre de 2011

18 Fuente: [http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/38\\_Mill-n\\_Smitmans.pdf](http://www.uca.edu.ar/uca/common/grupo83/files/38_Mill-n_Smitmans.pdf), consultada en noviembre de 2011.

preparación suficiente, se dificultará la transferencia de información a su descendencia.

De conformidad con datos recabados por la UNESCO<sup>19</sup>, en nuestro país sólo 43% de los estudiantes secundarios culminan sus estudios en los plazos establecidos, y 50% obtienen su título.

Más recientemente, se conocieron los resultados de las pruebas nacionales “Aprender”, difundidos en el año 2017. Entre otros, cabe consignar los siguientes: 1) En 5°/6° año del secundario, en cuanto a Comprensión de Textos, 46,4% de los estudiantes están por debajo de lo aceptable; la mitad de ellos no comprenden un texto muy sencillo y el otro 50% demostró competencias muy básicas, es decir, apenas llegan a sacar conclusiones vagas sobre el contenido; por lo que sólo 53,6% de los estudiantes alcanzan niveles de desempeño Satisfactorio/Avanzado; 2) 53,7% de los estudiantes que asisten al sector estatal están en la zona más crítica con respecto al lenguaje, mientras que en el ámbito privado esta cifra asciende al 33%; 3) En Matemática, el nivel de conocimiento es más bajo: 70,2% de los alumnos no pueden desenvolverse en un ambiente educativo superior; los estudiantes que “sólo comprenden las operaciones básicas, suma, resta, división y multiplicación, pero tienen altísimas dificultades para aplicarlo” representan 40,9%, mientras que 29,3% está en el ‘Nivel Básico’, por lo que, si bien conocen mejor las operaciones de matemática, no pueden realizar operaciones muy sencillas, como una “regla de tres simple”; 4) En la escuela pública esta cifra alcanza 79,4% de los estudiantes, mientras que en el privado 53,5%.<sup>20</sup>

Sólo con este breve puñado de datos estadísticos, o con observar a nuestro alrededor, podemos concluir que hay mucho por hacer. Mientras tanto, los actores del área de la salud tendrán que tener en cuenta la situación descripta a la hora de co-protagonizar el proceso de consentimiento informado, pues deberán obrar con prudencia y

19 Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/1492945-inquietante-diagnostico-de-la-educacion-secundaria>, publicada el 24 de julio de 2012 y consultada en enero de 2013.

20 Fuente: <http://www.infobae.com>, publicación del 24 de mayo de 2017 titulada “Pruebas Aprender: dramático diagnóstico sobre la educación argentina”.

esmero para que los niños comprendan acabadamente el alcance de la información recibida y de su toma de decisiones.

En síntesis, el art. 26 del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, en cuanto al ejercicio propio de los adolescentes de su derecho a la disposición del propio cuerpo, es acertado desde el punto de vista normativo, ya que compatibiliza el derecho civil con los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional (sobre todo, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño). Asimismo, axiológicamente es incuestionable, pues respeta el ejercicio progresivo de los derechos de los niños; principio que se sustenta en el sentido común y en la propia evolución psicofísica de la persona humana. Sin embargo, desde la dimensión sociológica, para que la norma analizada se concrete en la realidad cotidiana de manera responsable (circunstancia esencial desde el interés superior del niño), los adolescentes deberán contar con la educación y la información adecuadas. Para ello, el rol de los medios de comunicación, de las políticas públicas diseñadas y ejecutadas por el Estado, de las familias, de las ONG, de los actores que forman parte de los establecimientos educativos, de los integrantes del área de la salud pública y privada, así como de los demás sectores sociales implicados, será determinante. En la actualidad, y desde este último sentido, la norma analizada parece algo “adelantada” o desfasada respecto a la realidad que le toca regular. Será trabajo de todos intentar que confluyan norma y realidad, pues ello protegerá los derechos personalísimos involucrados, ya que con la letra de la ley no basta.

Volviendo al texto del inc. E) del art. 2 de la Ley 26.529, considero plausible que el derecho a aceptar o rechazar tratamientos pueda ejercerse “con o sin expresión de causa”. Como puede observarse, se respeta la autonomía del paciente en cualquier tipo de terapia o procedimiento médico o biológico, por lo que deben entenderse como incorporados a esta normativa los tratamientos farmacológicos (medicamentos suministrados por cualquier medio). De este modo, si el paciente niega su consentimiento por cualquier motivo<sup>21</sup>, no se po-

21 No se requieren fundamentos determinados en la decisión del paciente, que de todos modos debe respetarse (la negativa podrá basarse en cuestiones de conciencia –recuérdense, por ejemplo, los principios sostenidos por los Testigos de Jehová en

drá efectuar el acto médico, aunque tal motivación aparezca como “irrazonable” para otra persona, siempre que no se vulnere con ella al interés público o a un tercero. Precisamente por ello, nuestra Excm. C.S.J.N. ha expresado que

(...) es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la Ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa” (art. 2 inc. e) (...).<sup>22</sup>

Con la normativa comentada, es obvio que no dejan margen de dudas los otrora tan debatidos casos de Testigos de Jehová que -mayores de edad y con total claridad de discernimiento y de conciencia- decidan rechazar un tratamiento médico aunque de su decisión pueda seguirse el fallecimiento.<sup>23</sup> La solución es clara, sin perjuicio de que el debate bioético podrá abrirse en casos concretos, como cuando una madre rechaza una transfusión que puede salvarle la vida, dejando en peligro de orfandad a un hijo recién nacido.<sup>24</sup>

relación a las transfusiones sanguíneas-, de dignidad, incluso de temor; etc., o no tener razón expresa alguna).

22 C.S.J.N.; “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, 01 de junio de 2012.

23 Recuérdese, por ejemplo, el caso “Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar” (publicado y comentado en *El Derecho* del 4/8/93), que fue frecuentemente seguido por la jurisprudencia (*El Derecho* del 13/6/95, pp. 10 a 12, *El Derecho* del 25/10/95, pp. 3 a 7). Más recientemente la Excm. C.S.J.N. tuvo la oportunidad de seguir la misma línea de pensamiento, haciendo alusión esta vez también a la Ley 26.529 (C.S.J.N.; “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, ya citado en nota anterior).

24 Existen precedentes que aún en casos como el relatado –en donde el Estado también debe tener presentes los intereses del menor- respetan la decisión del paciente (“Gallacher s/ Autorización”, C.N.Civ. Sala G, publicado y comentado en *El Derecho*, 25/10/95, pp. 3 a 7).

Este derecho –que en verdad sólo podrá efectivizarse a través del consentimiento informado al que más adelante me referiré– no hace más que avalar la dignidad de la persona humana, respetando los más altos principios axiológicos y jurídicos receptados en nuestra Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella. En efecto, salvaguardar la decisión del paciente sobre su propio cuerpo, su libertad de elección, no es más que respetar su dignidad personal. Por ello, sin perjuicio de las explicaciones y fundamentos que podrán brindar los profesionales y auxiliares de la medicina para avalar sus sugerencias, la sola negativa del paciente a la realización del acto terapéutico o quirúrgico bastará para que el rechazo sea jurídicamente atendible (sin necesidad de llegar al supuesto de objeción de conciencia, aquí referido sólo a título ejemplificativo).

#### La cuestión

Es altamente representativa del conflicto ético planteado para el médico, formado para retener, todo el tiempo y por todos los medios posibles, a su paciente del destino al cual, inexorablemente, en algún momento lo arrastra su naturaleza mortal (...) La formación que recibe desde su ingreso a los claustros de la Facultad de Medicina apunta a eso. Y así debe ser. Pero más allá de ello, no debe olvidar que (...) la muerte biológica es parte de la vida y destino final de todos los seres humanos y que, a veces, no es tanto esa culminación natural del ciclo biológico lo que nos asusta en vida, sino las circunstancias en las cuales ella se produce.<sup>25</sup>

#### No en vano la autonomía del paciente

Es también uno de los principios de la Bioética, junto con la justicia y la beneficencia. El derecho a decidir sobre el propio cuerpo, a aceptar o rechazar tratamientos o terapias médicas, a intervenir en las decisiones sobre la propia salud es un derecho personalísimo que corresponde a todo ser humano. Se trata de decisiones autorreferentes en los términos del artículo 19 de la Constitución Nacional

25 Edgardo Saux, Luis D. Covi, op. cit., p. 149.

(...) reconocido por los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.<sup>26</sup>

La reglamentación del inciso e) del art. 2 de la Ley 26.529 reza:

“(...) e) Autonomía de la Voluntad. El paciente es soberano para aceptar o rechazar las terapias o procedimientos médicos o biológicos que se le propongan en relación a su persona, para lo cual tiene derecho a tener la información necesaria y suficiente para la toma de su decisión, a entenderla claramente e incluso a negarse a participar en la enseñanza e investigación científica en el arte de curar. En uno u otro caso, puede revocar y dejar sin efecto su manifestación de voluntad.

En todos los casos, deberá registrarse en la historia clínica la decisión del paciente y también su eventual revocación.

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. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26.061. Para los casos presentados por la vía de protección de personas, conforme lo establecido en los artículos 234 a 237 del Código Procesal Civil y Comercial, deberá prevalecer en idéntico sentido el mejor interés del paciente, procurándose adoptar el procedimiento más expedito y eficaz posible que atienda su competencia y capacidad.

El paciente podrá ejercer el derecho previsto en el artículo 2°, inciso e), tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, cuando padezca una enfermedad irreversible, incurable y se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo colo-

26 Luis Llorens, y Alicia B. Rajmil; “El derecho a la vida, a la salud y la autonomía de las personas” (nota a fallo); en La Ley LXXVI N° 96, Bs. As., 23 de mayo de 2012, p. 6.

quen en igual situación. En caso de discrepancia en las decisiones, podrá recurrir a un comité de bioética.

Tanto del diagnóstico, incluyendo los parámetros físico-psíquicos del paciente que lo sustenten, como del ejercicio efectivo de la autonomía de la voluntad, deberá quedar constancia explícita en la historia clínica, con la firma del médico tratante, del segundo profesional si correspondiere, y del paciente o, ante su incapacidad o imposibilidad, del familiar o representante o persona habilitada.

Seguidamente, volviendo al texto del art. 2 de la ley, la norma se refiere a la **información sanitaria**<sup>27</sup>. El inciso f) establece que

“El paciente tiene el 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”.

Lo último también se enmarca en el campo de la autonomía del paciente, respetable por cierto. El Anexo del decreto reglamentario, en la parte pertinente del art. 2, expresa:

“(…) f) Información Sanitaria. El profesional de la salud deberá proveer de la información sanitaria al paciente, o representante legal, referida a estudios y/o tratamientos, y a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo autorice o solicite expresamente.

El paciente debe ser informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión y competencia.

En estos supuestos, el profesional debe cumplir también con informar al representante legal del paciente.

Cuando el paciente, según el criterio del profesional de la salud que lo asiste, carece de capacidad para entender la información a causa

27 Luego, en oportunidad de analizar los arts. 3 y 4 de la ley, volveré sobre el contenido de esta información.

de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Aun en contra de la voluntad del paciente, el profesional de 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.

Deberá dejarse registrada esta circunstancia en la historia clínica del paciente y las razones que la justifican.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, el paciente mayor de edad y capaz, cuando así lo decida, deberá dejar asentada su voluntad de ejercer su derecho de no recibir información sanitaria vinculada a su salud, estudios o tratamientos, mediante una declaración de voluntad efectuada por escrito, que deberá quedar asentada en su historia clínica. Ante la circunstancia descrita, deberá indicar la persona o personas que autoriza a disponer de dicha información y a decidir sobre su tratamiento o, en su caso, señalar su autorización para que las decisiones pertinentes sean tomadas por él o los profesionales tratantes, con los alcances y del modo previstos en los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 y esta reglamentación.

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 ese 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 artículos 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.

Más adelante se abordará la cuestión referida a la falta de “competencia” de los sujetos, y a la indebida insistencia de la letra de la normativa

a la categoría jurídica de “incapacidad” (de ejercicio), prácticamente superada por el nuevo CCC.

Complementando todo lo anterior, el art. 2 de la Ley 26.529 culmina consagrando el derecho a la **interconsulta médica**, en su inciso g):

“(…) El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud”.

Si bien el artículo faculta a los pacientes para el ejercicio de los derechos mencionados, es lógico interpretar que en caso de personas sin competencia tales derechos pueden ser efectivizados mediante apoyos, representantes, familiares o sustitutos.

Finalmente, cabe advertir que la norma comentada no consagra el derecho a elección del profesional por parte de los pacientes, aunque ello esté ligado a la autonomía de voluntad pregonada y al derecho a la salud en general. En algunos proyectos legislativos se había incorporado este derecho, aunque limitado “dentro de las posibilidades que ofrezca su obra social, entidad de medicina prepaga, o el sistema público de salud”. Evidentemente, se trata de un tema que merece un tratamiento integral, pues los problemas que plantea sólo podrán ser solucionados creando las condiciones socioeconómicas y de infraestructura necesarias para que el derecho sea posible en la faz práctica.<sup>28</sup>

La reglamentación de este último inciso expresa:

(...) g) Interconsulta Médica. El profesional tratante deberá prestar su colaboración cuando el paciente le informe su intención de obtener una segunda opinión, considerando la salud del paciente por sobre cualquier condición.

El pedido del paciente y la entrega de la información sanitaria para esa interconsulta profesional deberán ser registrados en su historia clínica en el momento en que son realizados.

28 Walter David Pelle, op. cit., p. 20.

La entrega completa de la información sanitaria debe efectuarse por escrito y también debe ser registrada en los plazos previstos por esta reglamentación en la historia clínica respectiva.

Las personas enumeradas en los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 pueden solicitar dicha interconsulta sólo cuando el paciente no fuera competente, en cuyo caso debe asentarse también en la historia clínica tal circunstancia, con los datos del solicitante.

La interconsulta también puede ser propuesta al paciente por el profesional tratante ante dificultades para arribar a un diagnóstico, resultados insatisfactorios del tratamiento instituido, otros aspectos legales, administrativos o de otra naturaleza que resulten de interés del paciente.

## **2.4 Derecho comparado de América del Sur**

### **2.4.1 Chile:**

Ley 20.584: Artículo 2: Toda persona tiene derecho, cualquiera que sea el prestador que ejecute las acciones de promoción, protección y recuperación de su salud y de su rehabilitación, a que ellas sean dadas oportunamente y sin discriminación arbitraria, en las formas y condiciones que determinan la Constitución y las leyes.

La atención que se proporcione a las personas con discapacidad física o mental y a aquellas que se encuentren privadas de libertad, deberá regirse por las normas que dicte el Ministerio de Salud, para asegurar que aquella sea oportuna y de igual calidad.

Artículo 3: Se entiende por prestador de salud, en adelante el prestador, toda persona, natural o jurídica, pública o privada, cuya actividad sea el otorgamiento de atenciones de salud. Los prestadores son de dos categorías: institucionales e individuales.

Prestadores institucionales son aquellos que organizan en establecimientos asistenciales medios personales, materiales e inmateriales destinados al otorgamiento de prestaciones de salud, dotados de una individualidad determinada y ordenados bajo una

dirección, cualquiera sea su naturaleza y nivel de complejidad. Corresponde a sus órganos la misión de velar porque en los establecimientos indicados se respeten los contenidos de esta ley.

Prestadores individuales son las personas naturales que, de manera independiente, dependiente de un prestador institucional o por medio de un convenio con éste, otorgan directamente prestaciones de salud a las personas o colaboran directa o indirectamente en la ejecución de éstas. Se consideran prestadores individuales los profesionales de la salud a que se refiere el Libro Quinto del Código Sanitario.

Para el otorgamiento de prestaciones de salud todo prestador deberá haber cumplido las disposiciones legales y reglamentarias relativas a los procesos de certificación y acreditación, cuando correspondan.

Artículo 4: Toda persona tiene derecho a que, en el marco de la atención de salud que se le brinda, los miembros del equipo de salud y los prestadores institucionales cumplan las normas vigentes en el país, y con los protocolos establecidos, en materia de seguridad del paciente y calidad de la atención de salud, referentes a materias tales como infecciones intrahospitalarias, identificación y accidentabilidad de los pacientes, errores en la atención de salud y, en general, todos aquellos eventos adversos evitables según las prácticas comúnmente aceptadas. Adicionalmente, toda persona o quien la represente tiene derecho a ser informada acerca de la ocurrencia de un evento adverso, independientemente de la magnitud de los daños que aquel haya ocasionado.

Las normas y protocolos a que se refiere el inciso primero serán aprobados por resolución del Ministro de Salud, publicada en el Diario Oficial, y deberán ser permanentemente revisados y actualizados de acuerdo a la evidencia científica disponible.

Artículo 5: En su atención de salud, las personas tienen derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia.

En consecuencia, los prestadores deberán: (...)

h. Velar porque se utilice un lenguaje adecuado e inteligible durante la atención; cuidar que las personas que adolezcan de alguna discapacidad, no tengan dominio del idioma castellano

o sólo lo tengan en forma parcial, puedan recibir la información necesaria y comprensible, por intermedio de un funcionario del establecimiento, si existiere, o con apoyo de un tercero que sea designado por la persona atendida.

i. Velar porque se adopten actitudes que se ajusten a las normas de cortesía y amabilidad generalmente aceptadas, y porque las personas atendidas sean tratadas y llamadas por su nombre.

j. Respetar y proteger la vida privada y la honra de la persona durante su atención de salud. En especial, se deberá asegurar estos derechos en relación con la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones, cualquiera que sea su fin o uso. En todo caso, para la toma de fotografías, grabaciones o filmaciones para usos o fines periodísticos o publicitarios se requerirá autorización escrita del paciente o de su representante legal.

La atención otorgada por alumnos en establecimientos de carácter docente asistencial, como también en las entidades que han suscrito acuerdos de colaboración con universidades o institutos reconocidos, deberá contar con la supervisión de un médico u otro profesional de la salud que trabaje en dicho establecimiento y que corresponda según el tipo de prestación.

Un reglamento expedido por el Ministerio de Salud establecerá las normas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el literal c) y en el inciso precedente.

Artículo 6: Toda persona tiene derecho a que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, de acuerdo con la reglamentación interna de cada establecimiento, la que en ningún caso podrá restringir este derecho de la persona más allá de lo que requiera su beneficio clínico.

Asimismo, toda persona que lo solicite tiene derecho a recibir, oportunamente y en conformidad a la ley, consejería y asistencia religiosa o espiritual.

Artículo 7: En aquellos territorios con alta concentración de población indígena, los prestadores institucionales públicos deberán asegurar el derecho de las personas pertenecientes a los pueblos originarios a recibir una atención de salud con pertinencia cultural, lo cual se expresará en la aplicación de un modelo de salud intercultural validado ante las comunidades indígenas, el cual deberá contener, a lo menos, el reconocimiento, protección y fortalecimiento de los conocimientos y las prácticas de los sistemas de sanación de los pueblos originarios; la existencia de facilitadores interculturales y señalización en idioma español y del pueblo originario que corresponda al territorio, y el derecho a recibir asistencia religiosa propia de su cultura.

#### **2.4.2 Ecuador:**

Ley 77: Artículo 1: DEFINICIÓN DE CENTRO DE SALUD. Centro de Salud es una entidad del sistema de servicios de salud pública o privada, establecida conforme a la Ley para prestar a las personas atención de salud integral de tipo ambulatorio y de internamiento. Es, además, un centro de formación de personal de salud y de investigación científica. Se consideran servicios de salud a: a) Hospitales; b) Clínicas; c) Institutos Médicos; d) Centros Médicos; e) Policlínicos; y, f) Dispensarios Médicos.

Artículo 2: DERECHO A UNA ATENCIÓN DIGNA. Todo paciente tiene derecho a ser atendido oportunamente en el centro de salud de acuerdo a la dignidad que merece todo ser humano y tratado con respeto, esmero y cortesía.

Artículo 3: DERECHO A NO SER DISCRIMINADO. Todo paciente tiene derecho a no ser discriminado por razones de sexo, raza, edad, religión o condición social y económica.

Artículo 4: DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD. Todo paciente tiene derecho a que la consulta, examen, diagnóstico, discusión, tratamiento y cualquier tipo de información relacionada con el procedimiento médico a aplicársele, tenga el carácter de confidencial.

Artículo 14: La presente Ley obliga a todos los servicios de salud del país, sean éstos públicos, privados o a cargo de instituciones militares, policiales, religiosas o de beneficencia.

### **2.4.3 Colombia:**

Ley Estatutaria 1751: Artículo 2: Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

Artículo 3: Ámbito de aplicación. La presente ley se aplica a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.

Artículo 4: Definición de Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud.

Artículo 6: Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

- a. Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b. **Acceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c. **Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d. **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a. **Universalidad.** Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b. **Pro homine.** Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que

sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c. Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d. Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e. Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f. Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

g. Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h. Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i. Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j. Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k. Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l. Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m. Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n. Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Artículo 10: Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

- a. A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad;
- b. Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;
- c. A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;
- d. A obtener una información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir tratamiento de salud;
- e. A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley;
- f. A recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos;
- g. A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la

ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma;

h. A que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, asistencia de calidad por trabajadores de la salud debidamente capacitados y autorizados para ejercer;

i. A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos;

j. A recibir los servicios de salud en condiciones de higiene, seguridad y respeto a su intimidad;

k. A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine;

l. A recibir información sobre los canales formales para presentar reclamaciones, quejas, sugerencias y en general, para comunicarse con la administración de las instituciones, así como a recibir una respuesta por escrito;

m. A solicitar y recibir explicaciones o rendición de cuentas acerca de los costos por los tratamientos de salud recibidos;

n. A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley;

o. A no ser sometido en ningún caso a tratos crueles o inhumanos que afecten su dignidad, ni a ser obligados a soportar sufrimiento evitable, ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento;

p. A que no se trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio;

q. A agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad.

Son deberes de las personas relacionados con el servicio de salud, los siguientes:

a. Propender por su autocuidado, el de su familia y el de su comunidad;

b. Atender oportunamente las recomendaciones formuladas en los programas de promoción y prevención;

c. Actuar de manera solidaria ante las situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;

d. Respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios salud;

e. Usar adecuada y racionalmente las prestaciones ofrecidas, así como los recursos del sistema;

f. Cumplir las normas del sistema de salud;

g. Actuar de buena fe frente al sistema de salud;

h. Suministrar de manera oportuna y suficiente la información que se requiera para efectos del servicio;

i. Contribuir solidariamente al financiamiento de los gastos que demande la atención en salud y la seguridad social en salud, de acuerdo con su capacidad de pago.

Parágrafo 1°. Los efectos del incumplimiento de estos deberes solo podrán ser determinados por el legislador. En ningún caso su incumplimiento podrá ser invocado para impedir o restringir el acceso oportuno a servicios de salud requeridos.

Parágrafo 2°. El Estado deberá definir las políticas necesarias para promover el cumplimiento de los deberes de las personas, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 1°.

Artículo 11: Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Parágrafo 1°. Las víctimas de cualquier tipo de violencia sexual tienen derecho a acceder de manera prioritaria a los tratamientos psicológicos y psiquiátricos que requieran.

Parágrafo 2°. En el caso de las personas víctimas de la violencia y del conflicto armado, el Estado desarrollará el programa de atención psicosocial y salud integral a las víctimas de que trata el artículo 137 de la Ley 1448 de 2011.

#### **2.4.4 Uruguay:**

Ley 18.335: Artículo 1: La presente ley regula los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud con respecto a los trabajadores de la salud y a los servicios de atención de la salud.

Artículo 2: Los pacientes y usuarios tienen derecho a recibir tratamiento igualitario y no podrán ser discriminados por ninguna razón ya sea de raza, edad, sexo, religión, nacionalidad, discapacidades, condición social, opción u orientación sexual, nivel cultural o capacidad económica.

Artículo 3: Se considera servicio de salud a toda organización conformada por personas físicas o jurídicas, tales como instituciones, entidades, empresas, organismos públicos, privados -de carácter particular o colectivo- o de naturaleza mixta, que brinde prestaciones vinculadas a la salud.

Artículo 4: Se entiende por trabajador de la salud, a los efectos de los derechos de los pacientes, a toda persona que desempeñe funciones y esté habilitada para ello, en el ámbito de un servicio de salud, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 de la presente ley, que cumpla una actividad permanente o temporal, remunerada o no.

Artículo 5: Es usuario de un servicio de salud toda persona física que adquiera el derecho a utilizar bienes o servicios de salud.

Se entiende por paciente a toda persona que recibe atención de la salud, o en su defecto sus familiares, cuando su presencia y actos se vinculen a la atención de aquélla.

En los casos de incapacidad o de manifiesta imposibilidad de ejercer sus derechos y de asumir sus obligaciones, le representará su cónyuge o concubino, el pariente más próximo o su representante legal.

Artículo 6: Toda persona tiene derecho a acceder a una atención integral que comprenda todas aquellas acciones destinadas a la promoción, protección, recuperación, rehabilitación de la salud y cuidados paliativos, de acuerdo a las definiciones que establezca el Ministerio de Salud Pública.

Artículo 7: Todo paciente tiene derecho a una atención en salud de calidad, con trabajadores de salud debidamente capacitados y habilitados por las autoridades competentes para el ejercicio de sus tareas o funciones.

Todo paciente tiene el derecho a acceder a medicamentos de calidad, debidamente autorizados por el Ministerio de Salud Pública e incluidos por éste en el formulario terapéutico de medicamentos, y a conocer los posibles efectos colaterales derivados de su utilización.

Todo paciente tiene el derecho a que sus exámenes diagnósticos, estudios de laboratorio y los equipos utilizados para tal fin cuenten con el debido control de calidad. Asimismo tiene el derecho de acceso a los resultados cuando lo solicite.

Artículo 13: Toda persona tiene el derecho de elección del sistema asistencial más adecuado de acuerdo con lo establecido por el artículo 50 de la Ley N° 18.211, de 5 de diciembre de 2007.

En caso de que una persona cambie de institución o de sistema de cobertura asistencial, la nueva institución o sistema deberá recabar de la o del de origen la historia clínica completa del usuario. El costo de dicha gestión será de cargo de la institución solicitante y la misma deberá contar previamente con autorización expresa del usuario.

Artículo 17: Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros, a:

a. Ser respetado en todas las instancias del proceso de asistencia, en especial recibir un trato cortés y amable, ser conocido por su nombre, recibir una explicación de su situación clara y en tiempo, y ser atendido en los horarios de atención comprometidos.

b. Procurar que en todos los procedimientos de asistencia médica se evite el dolor físico y emocional de la persona cualquiera sea su situación fisiológica o patológica.

c. Estar acompañado por sus seres queridos o representantes de su confesión en todo momento de peligro o proximidad de la muerte, en la medida que esta presencia no interfiera con los derechos de otros pacientes internados y de procedimientos médicos imprescindibles.

d. Morir con dignidad, entendiendo dentro de este concepto el derecho a morir en forma natural, en paz, sin dolor, evitando en todos los casos anticipar la muerte por cualquier medio utilizado con ese fin (eutanasia) o prolongar artificialmente la vida del paciente cuando no existan razonables expectativas de mejoría (futilidad terapéutica), con excepción de lo dispuesto en la Ley N° 14.005, de 17 de agosto de 1971, y sus modificativas.

e. Negarse a que su patología se utilice con fines docentes cuando esto conlleve pérdida en su intimidad, molestias físicas, acentuación del dolor o reiteración de procedimientos. En todas las situaciones en que se requiera un paciente con fines docentes tendrá

que existir consentimiento. Esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento, sin expresión de causa.

f. Que no se practiquen sobre su persona actos médicos contrarios a su integridad física o mental, dirigidos a violar sus derechos como persona humana o que tengan como resultado tal violación.

### **2.4.5 Bolivia:**

Ley 3131: Artículo 3: (Principios). (...) d) En el ejercicio profesional médico, inclusive en la enseñanza de la medicina, el secreto médico es inviolable salvo las excepciones previstas en la presente Ley.

Artículo 12: (Deberes del Médico). Son deberes del profesional médico: (...) g) Brindar atención cuando una persona se encuentre en peligro inminente de muerte aún sin el consentimiento expreso. (...) i) Informar al paciente, o responsables legales, con anterioridad a su intervención, sobre los riesgos que pueda implicar el acto médico. (...) k) Guardar el secreto médico, aunque haya cesado la prestación de sus servicios. (...)

Artículo 13: (Derechos del Paciente). Todo paciente tiene derecho a: a) Recibir atención médica humanizada y de calidad. b) La dignidad como ser humano y el respeto a sus creencias y valores étnico culturales. c) La confidencialidad. d) Secreto médico. e) Recibir información adecuada y oportuna para tomar decisiones libre y voluntariamente. f) Libre elección de su médico, de acuerdo a disponibilidad institucional. g) Reclamar y denunciar si considera que sus derechos humanos han sido vulnerados durante la atención médica. h) Disponer de un horario y tiempo suficiente para una adecuada atención. i) Respeto a su intimidad. j) Trato justo y equitativo sin desmedro de su condición socioeconómica, étnico cultural, de género y generacional. k) Solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento. l) Negarse a participar en investigaciones o enseñanza de la medicina, salvo en situaciones que la Ley establece. m) Apoyar a la práctica médica como voluntarios en el tratamiento de enfermedades graves y ayudar a su rehabilitación.

Artículo 17: (Revelación del Secreto Médico). Se exceptúa y se exime al médico, de guardar el secreto médico en los siguientes casos: a) Cuando el paciente o su responsable legal autoriza expresamente al médico a revelarlo. b) Cuando actúa en el desempeño de sus funciones como médico forense a requerimiento de autoridad competente. c) Cuando se trate de casos de enfermedad notificable. d) Cuando la salud de la familia y la comunidad se encuentren en riesgo inminente. e) En caso de menores de edad los padres, parientes o responsables de los mismos no podrán dar a conocer la información sobre su estado médico salvo para dar cumplimiento a lo establecido en la normativa legal. f) Cuando la Ley disponga expresamente.

#### **2.4.6 Brasil:**

Carta de los derechos de los usuarios de la salud (Ley Portaria nº 1.820/2009): Artículo 2: Toda persona tiene derecho al acceso a bienes y servicios ordenados y organizados para la garantía de la promoción, la protección, el tratamiento y la recuperación de la salud.

1º El acceso será preferentemente en los servicios de Atención Básica Integrados por centros de salud, puestos de salud, unidades de salud, de la familia y unidades básicas de salud o similares más cercanos de su casa.

2º En las situaciones de urgencia / emergencia, cualquier servicio de salud, debe recibir y cuidar de la persona, así como encaminarla hacia otro servicio en caso de necesidad (...)

5º Cuando haya alguna dificultad temporal para atender a las personas, es responsabilidad de la dirección y del equipo del servicio acoger, dar informaciones claras y encaminarlas sin discriminación ni privilegios.

Artículo 3: Toda persona tiene derecho al tratamiento adecuado y en tiempo oportuno para resolver su problema de salud.

Párrafo único. Es derecho de la persona tener atención adecuada, con calidad, en el momento oportuno y con garantía de continuidad del tratamiento, y para ello debe garantizarse:

I. atención ágil, con tecnología apropiada, por equipo multi-profesional capacitado y en condiciones adecuadas de atención;

II. información sobre su estado de salud, de manera clara, objetiva, respetuosa y comprensible (...)

III. toda persona tiene el derecho de decidir si sus familiares y acompañantes deben informarse sobre su estado de salud; (...)

Artículo 4: Toda persona tiene derecho a la atención humanizada y acogedora, realizada por profesionales calificados, en ambiente limpio, cómodo y accesible a todos.

Párrafo único. Es derecho de la persona, en la red de servicios de salud, tener atención humanizada, acogedora, libre de cualquier discriminación, restricción o negación por razón de edad, raza, color, etnia, religión, orientación sexual, identidad de género, condiciones económicas o sociales, estado de salud, de anomalía, patología o discapacidad, garantizándole:

I. identificación por el nombre y apellido civil, debiendo existir, en todo el documento de usuario y usuario, un campo para registrar el nombre social, independientemente del registro civil, siendo asegurado el uso del nombre de preferencia, no pudiendo ser identificado por número, nombre o código de la enfermedad, u otras formas irrespetuosas o preconceptos;

II. la identificación de los profesionales, por botones visibles, legibles y / o por otras formas de identificación de fácil percepción;

III. en las consultas, en los procedimientos diagnósticos, preventivos, quirúrgicos, terapéuticos o internaciones, los siguientes:

A. a la integridad física;

B. la privacidad y la comodidad;

- C. la individualidad;
  - D. a sus valores éticos, culturales y religiosos;
  - E. la confidencialidad de toda información personal;
  - F. la seguridad del procedimiento;
  - G. el bienestar psíquico y emocional.
- IV. la atención programada en los servicios de salud, preferencialmente en la hora determinada;
  - V. el derecho a acompañante, persona de su libre elección, en las consultas y exámenes;
  - VI. el derecho a acompañante, en los casos de internación, en los casos previstos en la ley, así como en aquellos en que la autonomía de la persona esté comprometida;
  - VII. el derecho a la visita diaria, no inferior a dos horas, preferencialmente abierta, en todas las unidades de internación, a excepción de las situaciones técnicas no indicadas;
  - VIII. la continuidad de las actividades escolares, así como el estímulo a la recreación, en casos de internación de niño o adolescente;
  - IX. la información sobre diferentes posibilidades terapéuticas, de acuerdo con su condición clínica, basado en las evidencias científicas, y la relación costo-beneficio de las alternativas de tratamiento, con derecho a la denegación, certificado en presencia de testigo;
  - X. la elección del lugar de muerte;
  - XI. el derecho a elegir una alternativa de tratamiento, cuando haya, y la consideración del rechazo del propuesto;

XII. la recepción de la visita, cuando esté internado, de otros profesionales de la salud que no pertenezcan a esa unidad hospitalaria, estando facultado este profesional a acceder al prontuario;

XIII. la opción de marcado de atención telefónica para personas con dificultad de locomoción;

XIV. la recepción de visitas de religiosos de cualquier credo, sin que ello conlleve el cambio de la rutina de tratamiento y del establecimiento, ni amenaza a la seguridad o perturbaciones al paciente o a los demás;

XV. la no limitación de acceso a los servicios de salud por barreras físicas, tecnológicas y de comunicación;

XVI. la espera por atención en lugares protegidos, limpios y ventilados, teniendo a su disposición agua potable y sanitarios, y debiendo los servicios de salud estar organizados para evitar la demora en las filas.

Artículo 5: Toda persona debe ser respetada respecto de sus valores, cultura y derechos relacionados con los servicios de salud, garantizándose:

I. la elección del tipo de plan de salud que mejor le convenga, de acuerdo con las exigencias mínimas contenidas en la legislación, y a la información, por la operadora, sobre la cobertura, los costos y las condiciones del plan que está adquiriendo;

II. el secreto y la confidencialidad de toda la información personal, incluso después de la muerte, salvo en los casos de riesgo a la salud pública; (...)

VII. la indicación, de su libre elección, a quién confiará la toma de decisiones para la eventualidad de que no pueda ejercer su autonomía;

VIII. la recepción o el rechazo a la asistencia religiosa, psicológica y social;

IX. la libertad, en cualquier fase del tratamiento, de buscar una segunda opinión, o el dictamen de otro profesional o servicio sobre su estado de salud, o sobre procedimientos recomendados;(…)

XI. el derecho de expresarse y de ser oído en sus quejas, denuncias, necesidades, sugerencias y otras manifestaciones por medio de las audiencias o cualquier otro mecanismo existente, siendo siempre respetado en la privacidad, el secreto y la confidencialidad; (...).

## 2.5 Jurisprudencia

FALLO DE LA CÁMARA PENAL DE ROSARIO, SALA III, REFERIDO AL DEBER DE CONFIDENCIALIDAD DE LOS MÉDICOS: “(...) El médico tiene el deber y el derecho de guardar secreto de aquellos datos referentes a su paciente que llegaran a su conocimiento con motivo del ejercicio del arte medical. Este deber debe, obviamente, compatibilizarse con la obligación de denunciar cualquier delito de acción pública que compete a los médicos y que se encuentra presupuesta en la ley (...)” (Cám. Penal, Sala III, Rosario, 28-6-96 A.M.G., LL Litoral 1998-395).

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL FEDERAL CIVIL Y COMERCIAL, SALA I, QUE PLANTEA EL DEBER DE BRINDAR INFORMACIÓN SANITARIA: “(...) Es un deber elemental del prestador del servicio médico el advertir al paciente los riesgos que se derivan de la realización de ciertos estudios, pues es éste en definitiva quien debe decidir si vale la pena afrontarlo” (Cám. Nac. Fed. Civ. y Com., Sala 1, 28-12-93 “P.R.H. c. Estado Nacional – Ministerio de Defensa, Ejército Argentino”).

FALLO DE LA EXCMA. C.S.J.N. REFERIDO A LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS DE LOS PADRES RESPECTO DE

## LA DISPOSICIÓN DE MEDIDAS REFERENTES A LA SALUD DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD.

C.S.J.N.; N. 157. XLVI.

“N.N. o U., V. s/ protección y guarda de personas”.

Buenos Aires, 12 de junio de 2012.

Considerando:

1. Que la titular de la Asesoría de Incapaces nº 1 del Departamento Judicial de Mar del Plata promovió una medida de protección de derechos del niño a favor de V. D. -nacido por parto domiciliario el 2 de septiembre de 2009-, mediante la cual petitionó la internación del menor en un hospital público a efectos de que se le administrara la vacunación pertinente conforme el protocolo oficial de vacunación, así como la dosis de vitamina K aconsejada, con el auxilio de la fuerza pública.

2. Que sin perjuicio de rechazar el pedido de internación, la jueza de trámite resolvió garantizar el acceso del niño al derecho a la salud, instando a sus progenitores para que le suministraran las vacunas y/o medicación que a criterio médico correspondiesen de conformidad con el plan obligatorio de vacunación estatal. El Tribunal Colegiado de Instancia Única del Fuero de Familia nº 1 de Mar del Plata desestimó el recurso de reconsideración interpuesto por la señora Asesora de Incapaces y, en consecuencia, al confirmar la sentencia, intimó a los padres del menor V. a que procediesen a la realización de entrevistas en el Hospital Interzonal Especializado Materno Infantil con un médico pediatra y un inmunólogo a fin de conocer acabadamente el riesgo que suponía no vacunarlo. Asimismo, les hizo saber que “deberán adjuntar un plan de cuidado de salud del niño que asegure la protección del mismo en un porcentaje equivalente al que supone el suministro de vacunas firmado por un profesional especializado en medicina alternativa que ellos consideran apropiada para el cuidado del niño” (conf. fs. 99/106).

3. Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (...) revocó la sentencia y dispuso que la causa vuelva a la

instancia de origen para que ésta intimase a los padres del menor a que en el plazo perentorio de dos días acreditaran en autos el cumplimiento del plan de vacunación oficial, bajo apercibimiento de proceder a la vacunación en forma compulsiva. Para así decidir, la Corte local señaló que:

a. la Ley 22.909 instituyó el Régimen general para las vacunaciones contra las enfermedades prevenibles por ese medio, que contempla el suministro obligatorio a todos los habitantes del país de las vacunas incluidas en la nómina cuya elaboración encomendó a la autoridad sanitaria nacional;

b. nuestro país optó por un régimen de prevención de ciertas enfermedades mediante un sistema de inmunización que instituyó la administración de vacunas a toda la población, con carácter obligatorio, y entendió que ello no colisiona el ámbito de la autonomía de la voluntad que ha de reconocerse a los particulares respecto de las decisiones que atañen a su propia salud;

c. la controversia debatida se centra entre la obligatoriedad de las vacunas, la autoridad de los padres y la posibilidad de que ante el incumplimiento de estos últimos de que sus hijos accedan a la inmunidad que aquellas otorgan se pueda solicitar y decidir su aplicación compulsiva;

d. el ejercicio de la responsabilidad parental no es absoluto sino que encuentra como límite el interés superior del niño;

e. es un deber del Estado asegurar la salud y es aquí donde se produce la colisión entre la autonomía de los padres de elegir el sistema de salud con el que protegerán a sus hijos y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la misma a todos los niños;

f. está comprometido un interés social ya que no todas las vacunas tienen la misma eficacia en todos los sujetos.

4. Que contra dicho pronunciamiento, los padres del menor V. interpusieron recurso extraordinario federal (...)

5. Que en el recurso extraordinario los apelantes señalan que: a) la decisión impugnada incurre en un “perfeccionismo y/o paternalismo incompatible con el principio de autonomía de la persona”; b) no descartan que sí V. “padeciera alguna patología que superara el modelo médico que usamos normalmente -como cualquier padre responsable en ejercicio de los deberes-derechos que engendra la patria potestad (arts. 264 y concs. del Cód. Civ.)- hagamos uso de las estrategias de la medicina tradicional o de cualquier conocimiento científicamente validado que nos sugieran los profesionales médicos habilitados por el Estado para ejercer el arte de curar”; (...) e) el fallo no respeta las responsabilidades, derechos y deberes de los padres de impartir a sus hijos cuidado y educación tal como lo dispone el artículo 5° de la mencionada Convención; f) la decisión ha transgredido la Ley 26.061 en cuanto prescribe que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a los niños el disfrute pleno y efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

6. Que el recurso extraordinario es admisible ya que en autos se ha cuestionado la validez e inteligencia de cláusulas de la Constitución Nacional y de la Convención sobre los Derechos del Niño, respecto del alcance de la Ley 22.909, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria al derecho que los recurrentes pretenden sustentar en aquéllas.

7. Que en tales condiciones, conviene recordar que cuando se encuentra en debate el alcance que cabe asignar a una norma de derecho federal, la Corte Suprema no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos de las partes o del a quo, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 308:647; 318:1269; 330:2286 y 333:604, entre otros).

9. (...) Que cabe recordar que el resguardo de la privacidad de cada individuo es un ámbito de incuestionable tutela por parte de nuestra Constitución y, de este modo, lo ha afirmado esta Corte (...).

10. Que el derecho a la privacidad -por definición propio y exclusivo de cada persona- se extiende a situaciones en que alcanza a dos o más personas que integran un núcleo familiar erigiéndose en el derecho a la privacidad de ese grupo (artículo 11, inciso 2° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos). En ejercicio de este derecho los progenitores pueden elegir sin interferencias del Estado el proyecto de vida que desean para su familia; sin embargo, tal derecho tendrá como límite lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

11. Que la decisión adoptada por los recurrentes al diseñar su proyecto familiar afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del artículo 19 antes referido.

Ello es así, pues la vacunación no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que excede dicho ámbito personal para incidir directamente en la salud pública, siendo uno de sus objetivos primordiales el de reducir y/o erradicar los contagios en la población. Sólo de esta forma puede entenderse el carácter obligatorio y coercitivo del régimen para todos los habitantes del país” (artículo 11 de la Ley 22.909) que se funda en razones de interés colectivo que hacen al bienestar general.

13. (...) Que en este orden de ideas, la Organización Mundial de la Salud, de la que nuestro país es miembro, ha planteado entre sus objetivos no sólo proteger a las personas respecto de las enfermedades que son prevenibles, sino también alcanzar su erradicación y la disminución de la mortalidad infantil. La Constitución de dicha organización, destaca que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los de-

rechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Documentos Básicos, suplemento de la 45ª edición, octubre de 2006).

14. (...) Que de lo anteriormente expuesto, puede concluirse que el obrar de los actores en cuanto perjudica los derechos de terceros, queda fuera de la órbita del ámbito de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional; y por lo tanto se trata de comportamientos y decisiones sujetas a la interferencia estatal la que, en el caso, está plasmada en el plan de vacunación nacional.

15. Que, asimismo, cabe señalar que, en determinados casos, el derecho a la privacidad familiar antes referido resulta permeable a la intervención del Estado en pos del interés superior del niño como sujeto vulnerable y necesitado de protección -artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional- tutelado por un régimen cuya nota característica es hacer prevalecer su interés por sobre todos los intereses en juego (Fallos: 331:147).

16. Que, en efecto, no se encuentra controvertido en la causa que la oposición de los progenitores del menor V. a que este reciba las vacunas previstas en el plan nacional de vacunación, involucra en forma directa derechos que resultan propios del menor -el derecho a la salud-, que se encuentra particularmente reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y por la normativa nacional (artículo 14 de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

17. Que la citada Convención sobre los Derechos del Niño ya desde su Preámbulo y en su texto medular contempla al menor como sujeto pleno de derecho y señala como objetivo primordial el de proporcionar al niño una protección especial en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las

que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin.

18. Que dentro de dicho marco, esta Corte Suprema ha sostenido que la atención principal al interés superior del niño apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto -que en el caso se vería reflejado por la voluntad de los padres expresada en el sentido de que no se le proporcionen al menor las vacunas que forman parte del plan nacional de vacunación por su elección de preferencia por los paradigmas del modelo homeopático y ayurvédico-, se prioriza el del niño (Fallos: 328:2870 y 331:2047).

21. (...) Que, en línea con lo expresado, el propio texto del artículo 264 del Código Civil contempla que los derechos y deberes que conforman la patria potestad, se ejercerán para la protección y formación integral de sus hijos, por lo que no resultaría irrazonable concluir que el citado interés superior del menor hace a la esencia de la actuación paterna. La interpretación de tal prerrogativa que poseen los progenitores no puede efectuarse, en la actualidad, dejando de lado los paradigmas consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño y por la Ley 26.061, normas que además de reconocer la responsabilidad que le cabe a los padres y a la familia de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de los derechos y garantías del niño, otorga a la autoridad estatal facultades para adoptar las medidas que considere necesarias para proteger y restablecer tales derechos ante situaciones en que se vean vulnerados.

22. Que, en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior de1 niño, lo que sin duda se traduce en optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud.

En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación.

Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.

24. (...) Que las razones expuestas en los considerandos precedentes conducen a desestimar la pretensión de los recurrentes.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se declara admisible el recurso extraordinario deducido, y se confirma la sentencia apelada. Costas por su orden en razón de la naturaleza y novedad de la cuestión planteada. Notifíquese y devuélvase.

#### DICTAMEN FISCAL Y FALLO DE LA EXCMA. C.S.J.N. REFERIDO A LAS DIRECTIVAS MÉDICAS ANTICIPADAS Y AL RETIRO DEL SOPORTE VITAL.

AR/JUR/24366/2015

D., M. A. s/ declaración de incapacidad

07/07/2015

I. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén dejó sin efecto la sentencia que había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordene la supresión de la hidratación y la alimentación enteral así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial (fs. 978/1002). El tribunal a quo declaró que

esa petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742) y, por lo tanto, no requiere autorización judicial.

El a quo sostuvo que existe un conflicto entre derechos constitucionales, a saber, el derecho a la vida y el derecho a la autonomía personal. En su entender, un sujeto puede en determinadas circunstancias adoptar decisiones que tengan como fin previsible la culminación de su vida en tanto se trata de cuestiones que se encuentran dentro de la zona de reserva que asegura el derecho a la autonomía personal. Señaló que en esa zona de reserva el individuo es dueño de hacer elecciones sobre su propia vida sin intromisión del Estado en tanto no afecten la moral, el orden público ni a terceros. Aseguró que esas decisiones libres hacen a la dignidad de la persona y al pleno ejercicio de la libertad.

Luego, destacó que actualmente la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, procura asegurar el goce del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida. Puntualizó que ese derecho se plasma en la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos. Agregó que la ley garantiza la formación de un consentimiento informado por parte del paciente, y prevé la posibilidad de que éste sea otorgado por los representantes legales. Apuntó que la norma pretende que estos asuntos no se desplacen desde el ámbito íntimo del paciente, su familia y el médico a la esfera judicial. Aclaró que, en el ámbito local, la Ley 2611 persigue la misma finalidad.

Así, consideró que la petición de las hermanas y curadoras de M.A.D. está comprendida por la ley citada. En este sentido, sostuvo que las accionantes tienen legitimación para dar consentimiento informado en representación de su hermano, M.A.D., quien se encuentra desde 1994 en estado vegetativo persistente e irreversible. Agregó que el pedido del retiro, cese y abstención de la hidratación y la alimentación enteral así como de todas las medidas de sostén vital que mantienen a M.A.D. con vida en forma artificial está contemplado en la nueva nor-

mativa. Enfatizó que esa norma establece un procedimiento que no requiere intervención judicial, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada y declaró que la petición debe tramitar conforme a ese procedimiento.

II. Contra esa sentencia, el curador ad litem y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios (fs. 1010/30 y 1032/63, respectivamente), que fueron concedidos por el tribunal a quo (fs. 1103/6). El curador ad litem sostiene que la sentencia es arbitraria en tanto prescinde de pruebas conducentes y aplica erróneamente el derecho vigente, así como se aparta de las normas constitucionales y de los instrumentos internacionales que consagran el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral.

(...) En segundo término, aduce que la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, es inaplicable al caso en tanto exige que el paciente se encuentre en estado terminal para autorizar el retiro de la hidratación y la alimentación. Sostiene que para autorizar la supresión de la hidratación y la alimentación la norma demanda que éstas no satisfagan su finalidad específica, esto es, hidratar y alimentar al paciente. Manifiesta que una interpretación diversa autorizaría prácticas eutanásicas, que se encuentran prohibidas por el artículo 11 de la ley en cuestión. Enfatiza que en este caso el retiro peticionado habilitaría una muerte por deshidratación e inanición, que dista de un final en paz.

Por su parte, el representante del Ministerio Público de Incapaces alega, en primer lugar, que la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, fue aplicada en forma retroactiva. Afirma que los jueces han incurrido en un exceso de jurisdicción ignorando el valladar impuesto por el artículo 3 del Código Civil.

Luego, manifiesta que esa ley es inaplicable al caso. Destaca que el paciente no se encuentra en una situación terminal y que sólo necesita para vivir hidratación y alimentación, sin requerir algún mecanismo artificial respiratorio o de otra índole. Agrega que la hidratación y la alimentación no configuran en este caso procedimientos extraordinarios o desproporcionados, sino necesidades básicas de todo ser viviente.

A su vez, enfatiza que el paciente no expresó su voluntad respecto al retiro del soporte vital, lo que debe guiar el análisis de las garantías constitucionales en juego. Aduce que morir con dignidad es un derecho inherente a la persona y que, como tal, sólo puede ser ejercido por su titular.

IV. (...) En el presente caso no está controvertido que M.AD se encuentra en estado vegetativo permanente desde hace casi veinte años (fs. 7/8, 378/80, 381/4, 385/6, 502/6 y 589/90) y, según los informes médicos, no tiene posibilidad de recuperación neurológica (fs. 378/80, 385/6, 543/4 y 712/21).

Como consecuencia de un accidente automovilístico ocurrido el 23 de octubre de 1994, M.A.D. sufrió un traumatismo encéfalo craneano severo, politraumatismos graves y epilepsia post-traumática. En 1995, luego de diversas intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos, se le diagnosticó estado vegetativo persistente (fs. 7/8).

Los primeros nueve años M.A.D. fue cuidado principalmente en su casa por su familia, que hizo diversos esfuerzos por encontrar alguna cura o mejoría a su estado de salud (fs. 381 y 725/31). Su hermana A.I.D. tuvo, desde el comienzo, un rol protagónico en el acompañamiento y en los cuidados de su hermano (fs. 381, 543/4 y 559). De hecho, en el año 1995 y ante la declaración judicial de incapacidad de MAD., A.I.D. fue designada como su curadora, aun cuando sus progenitores se encontraban vivos (fs. 53/4). Luego, su otra hermana, A.S.D., también fue designada en ese carácter para actuar en forma conjunta o alternativa (fs. 355).

En el año 2003, M.A.D. fue internado en una institución de salud -Lucha Neuquina contra el Cáncer - Luncec- (v. fs. 502/33), donde permanece hasta la actualidad. Allí, es alimentado e hidratado en forma artificial -enteral por yeyunostomía-, y se le proveen cuidados terapéuticos propios del estado vegetativo -rehabilitación, fisioterapia y farmacoterapia- (fs. 697). (...) La pericia realizada por el Cuerpo Médico Forense informa que, de acuerdo con los estudios de resonancia nu-

clear magnética, el daño cerebral de M.A.D. es irreversible (fs. 712/21).

En este escenario, las hermanas de M.A.D., en su representación, solicitaron a los médicos y al instituto de la salud el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que lo mantienen con vida en forma artificial: tanto los tratamientos terapéuticos que se le proveen ante sus complicaciones de salud como la alimentación e hidratación enteral. Ante su negativa, iniciaron la petición judicial bajo análisis (fs. 418/26 y 428).

En el marco de las actuaciones, diversos comités de bioética apoyaron la decisión de la familia de M.A.D. de solicitar, en su representación, la supresión de las medidas de soporte vital, teniendo en cuenta su estado de salud y la imposibilidad de mejoría o reversión del cuadro.

V. (...) La cuestión controvertida que es planteada a la Corte Suprema consiste en determinar si la petición efectuada por las representantes de M.A.D. se encuentra comprendida en el derecho a la autonomía personal, la dignidad y la intimidad, tal como son regulados por la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales, y las Leyes 26.529 y 26.742.

La Ley 26.529 fue sancionada el 21 de octubre de 2009 y modificada el 24 de mayo de 2012 por la Ley 26.742. Esa norma consagra los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud. Luego de garantizar el derecho del paciente a la asistencia, al trato digno y respetuoso, a la intimidad, a la confidencialidad y a la información, regula el derecho a la autonomía de la voluntad en su artículo 2, inciso e. Allí, recepta el derecho del paciente 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 voluntad.

Más específicamente dispone 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” (art. 2, inc. ley citada).

La norma aclara que en todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significa la interrupción de las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

(...) Finalmente, la norma establece la posibilidad de que, ante la incapacidad del paciente para prestar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, éste puede ser prestado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (Ley 24.193).

Tal como surge de los debates parlamentarios de la Ley 26.742, la finalidad de la norma es respetar y garantizar el derecho a la libertad personal, que se encuentra estrechamente vinculado a la autonomía, la dignidad y la intimidad de las personas (...) En especial, numerosos legisladores expusieron que el propósito es garantizar el derecho a una vida digna, que comprende el derecho a una muerte digna.

(...) Los derechos a la autonomía personal, a la dignidad y a la intimidad están ampliamente reconocidos en la Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 19 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Preámbulo y art. 17, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. V, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y Preámbulo y art. 12, Declaración Universal de los Derechos del Hombre).

(...) en el ámbito internacional, el consentimiento del paciente es requerido para la realización de tratamientos e intervencio-

nes médicas como un modo de proteger su autonomía, dignidad e intimidad (v. Consejo de Europa, Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina - Convenio de Oviedo, 1997; Organización Mundial de la Salud, Declaración de Ámsterdam sobre los Derechos de los Pacientes, 1994; Asociación Médica Mundial, Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente, adoptada en 1981 y enmendada en 1995; y UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 2005).

VI. (...) En este marco normativo, corresponde tratar los agravios traídos por los recurrentes.

En primer lugar, el representante del Ministerio de Incapaces sostiene que el fallo apelado es arbitrario dado que la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, no puede ser aplicada en forma retroactiva. (...) En mi opinión, esos planteos no deben prosperar en tanto el apelante no demostró la arbitrariedad de la decisión del tribunal de aplicar en forma inmediata las Leyes 26.529 y 26.742 a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Para más, no probó la existencia de derechos definitivamente consolidados que fueran vulnerados por esa aplicación en violación del artículo 3 del Cód. Civil.

La decisión del tribunal a quo de resolver la petición efectuada por las representantes de M.A.D. a la luz de las normas vigentes al momento de dictar sentencia es coherente con la doctrina de la Corte Suprema de acuerdo con la cual las decisiones judiciales deben atender a la situación existente al momento de decidir, aun cuando éstas sean sobrevinientes a la interposición del recurso (Fallos: 311:870; 329:5913), y al marco normativo vigente en ese entonces (Fallos: 329:2897; 330:5).

VII. (...) Luego, en relación con los planteos sustanciales realizados por ambos apelantes sobre la interpretación y aplicación de la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, al caso, cabe efectuar las siguientes observaciones.

Por un lado, ambos recurrentes alegan que la norma requiere que el paciente se encuentre en estado terminal para poder

ejercer su derecho a rechazar tratamientos médicos y aclaran que M.A.D. no se encuentra en esa situación.

Sin embargo, la letra del artículo 2, inciso e de la ley en cuestión indica que el paciente que padece “una enfermedad irreversible, incurable *o se encuentre en estadio terminal*, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación” (sin destacar en el original) pueden ejercer el derecho a rechazar ciertos tratamientos médicos o biológicos. Cabe destacar la conjunción disyuntiva -“o”- escogida por los legisladores. Ello fue advertido expresamente por algunos senadores en el marco del debate legislativo, y, sin perjuicio de que algún senador expresó su opinión en sentido contrario (cf. Diario de sesiones de la E Cámara de Senadores de la Nación - Periodo 130° - Reunión 5° - 3° Sesión ordinaria - 19 de mayo de 2012 - versión taquigráfica, p. 49), el texto finalmente aprobado por la mayoría de diputados y senadores contiene el término “o”. En forma coherente, esa misma conjunción es utilizada en el artículo 5, que se refiere a la información que corresponde proveer al paciente para que éste otorgue su consentimiento informado.

(...) Más importante aún, la interpretación de la norma de acuerdo con su texto es la que mejor satisface la finalidad de la Ley 26.742, esto es, respetar y garantizar la libertad personal permitiendo que el paciente decida, a partir de sus propias convicciones personales, la aceptación o el rechazo de determinados tratamientos médicos y biológicos. Tanto en el caso en el que el paciente decide por sí mismo, como en el que decide a través de sus representantes, lo determinante es que sus propias preferencias guían la adopción de decisiones acerca de su salud. (...)

De este modo, la interpretación de la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, en consonancia con su letra, su finalidad y las garantías constitucionales implicadas, indica que M.A.D., que se encuentra en estado vegetativo permanente desde hace veinte años y que no tiene posibilidades de revertir esa situación, puede decidir, por sí o a través de sus representantes, aceptar o rechazar determinados tratamientos, sin injerencia del Estado ni de terceros. Al respecto, el artículo 2, inciso e, in

fine de la citada ley precisa que en todos los casos corresponde adoptar las medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente.

VIII. Por otro lado, los apelantes enfatizan que el retiro de la hidratación y la alimentación no está previsto por la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, en tanto no se trata de un tratamiento médico extraordinario, sino de la provisión de necesidades básicas de todo ser viviente.

Sin embargo, la interpretación de la letra y de la finalidad del artículo 2, inciso e de la ley muestra que el agravio no puede prosperar. Esa norma menciona los tratamientos que pueden ser rechazados siempre que sean extraordinarios o desproporcionados en relación con la perspectiva de mejoría, o que produzcan un sufrimiento desmesurado. Luego, agrega expresamente que el paciente “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” (art. 2, inc. e ley citada).

El caso del retiro de la hidratación y la alimentación fue especialmente debatido por los diputados y senadores en el marco de las sesiones parlamentarias. Justamente, allí se consideró que si bien la hidratación y la alimentación no pueden ser consideradas extraordinarias o desmesuradas, su rechazo puede ser decidido por el paciente en un estado irreversible, incurable o terminal en atención a que en muchas situaciones son fútiles, esto es, no tienen aptitud para lograr una mejoría de la salud del paciente, sino que su único efecto es prolongar el estadio terminal, irreversible o incurable.

IX. (...) El representante del Ministerio Público de Incapaces enfatiza que el paciente no expresó su voluntad respecto del retiro del soporte vital, y que no puede desconocerse que en el caso el consentimiento es otorgado por sus hermanas.

Al respecto, cabe señalar que una de las incorporaciones introducidas por la Ley 26.742 es la posibilidad de que ante la inca-

pacidad del paciente para prestar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, éste pueda ser prestado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos (art. 6, Ley 26.742).

Esa introducción de la ley responde al reconocimiento de que, en la práctica, en muchos casos el paciente se encuentra en estado de inconciencia o por alguna otra razón física o psíquica imposibilitado o incapacitado para dar su consentimiento. A su vez, la existencia de directrices anticipadas del propio paciente es aún escasa.

De este modo, la norma viene a establecer un mecanismo para garantizar la vigencia efectiva del derecho a la libertad personal previsto en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales, y regulado por el artículo 2, inciso e de la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742. Así, la norma deja la decisión sobre la aceptación y el rechazo de tratamientos médicos y biológicos en el paciente y, en el supuesto de que sea necesario reconstruir cuál es su voluntad, en su ámbito familiar, libre de intromisiones del Estado o de terceros. La ley entiende que los familiares son quienes están en mejor posición para saber cuál sería la voluntad del paciente. En efecto, ellos son quienes conocen sus preferencias y creencias, y con quienes es probable que él haya discutido acerca de estos temas y expresado sus opiniones al respecto.

En este caso, las hermanas de M.A.D. tienen legitimación para dar consentimiento en su representación en tanto se encuentran en primer lugar de acuerdo con el orden de prelación dispuesto por la Ley 24.193 y a las circunstancias de la causa -M.A.D. no tiene cónyuge ni hijos y sus progenitores han fallecido-. A su vez, no hay divergencias entre ellas acerca de cuál sería la voluntad de su hermano. (...)

X. Finalmente, los apelantes aducen que la decisión recurrida atenta contra el derecho a la vida de M.A.D., que se encuentra tutelado en nuestra Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales (art. 75, inc. 22, Constitución Nacio-

nal; art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. I, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y art. 3, Declaración Universal de los Derechos del Hombre). Sin embargo, las Leyes 26.529 y 26.742 acogen el derecho a la vida y reconocen que comprende el derecho del titular a decidir sobre ella en el caso de una enfermedad incurable, irreversible o terminal, y ante la existencia de tratamientos médicos y biológicos extraordinarios, desproporcionados o fútiles. Dicho de otro modo, las normas buscan tutelar el derecho a la vida no como un mero hecho biológico, sino también como un conjunto de atribuciones que convierten en soberano a su titular. Así, las normas armonizan el derecho a la vida con la autonomía personal, la dignidad humana y la intimidad.

(...) En conclusión, entiendo que la decisión de M.A.D., a través de sus hermanas, sobre el retiro, cese y abstención de todas las medidas de soporte vital que lo mantienen con vida en forma artificial pertenece a su zona de reserva, garantizada por el derecho a la autonomía personal (...).

Como acertadamente lo ha destacado el tribunal a quo, las peticiones comprendidas en las citadas leyes no requieren autorización judicial dado que precisamente uno de los propósitos de la norma es evitar que estas decisiones se judicialicen y trasciendan de la esfera privada del paciente, su familia y el médico. No obstante, a pesar de la falta de necesidad de la autorización judicial, en atención a las circunstancias del caso - especialmente, el tiempo transcurrido desde que M.A.D. padece un estado vegetativo irreversible, y desde que sus hermanas han instado la presente petición, que recorrió cuatro instancias judiciales - corresponde hacer lugar a la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente (Fallos: 335:197), en las condiciones establecidas por la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742 (...).

XI. Por todo lo expuesto, opino que cabe declarar formalmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y confir-

mar la sentencia apelada con el alcance indicado en la sección anterior.

Buenos Aires, 09 de abril de 2014. — Alejandra M. Gils Carbó.

CSJ 376/2013 (49-D)/CS1

Buenos Aires, julio 7 de 2015.

Considerando:

1. Que el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto la sentencia que, al confirmar la de primera instancia, había rechazado la pretensión de las representantes de M.A.D. para que se ordenara la supresión de su hidratación y la alimentación enteral, así como de todas las medidas terapéuticas que lo mantienen con vida en forma artificial (fs. 978/1002).

Para decidir de esa forma, el a quo señaló que tal petición se encuentra comprendida en la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud (Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742) por lo que no resulta necesario que las representantes de M.A.D. requieran autorización judicial alguna.

(...) Agregó que la Ley 26.529, modificada por la Ley 26.742, procura asegurar el goce del derecho a la autonomía personal en la etapa final de la vida y que ese derecho se plasma en la posibilidad de aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos.

Señaló que la ley garantiza la formación de un consentimiento informado por parte del paciente, y prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, este sea otorgado por los representantes legales. (...)

Por estas razones, consideró que la petición de las hermanas y curadoras de M.A.D. se halla comprendida en las disposiciones de la ley citada. En consecuencia, sostuvo que tienen legitimación para dar consentimiento informado en representación de su hermano, M.A.D., quien se encuentra desde 1994 en estado vegetativo persistente e irreversible. También destacó que el pedido del retiro, cese y abstención de la hidratación y la alimentación enteral, así como de todas las medidas de sostén

vital que mantienen a M.A.D. con vida en forma artificial, está contemplado en la nueva normativa.

Finalmente, enfatizó que la ley establece un mecanismo que no requiere intervención judicial, por lo que dejó sin efecto la sentencia apelada y declaró que la petición debe tramitar conforme a ese procedimiento.

2. Que contra este pronunciamiento, el curador ad litem y el representante del Ministerio Público de Incapaces interpusieron sendos recursos extraordinarios (...).

7. Que de acuerdo con lo señalado por el galeno citado en último término, desde la fecha del accidente, M.A.D. carece de conciencia de sí mismo o del medio que lo rodea, de capacidad de elaborar una comunicación, comprensión o expresión a través de lenguaje alguno y no presenta evidencia de actividad cognitiva residual (conf. fs. 385/386 y 805).

También en el informe producido por el Jefe del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de Neuquén, que considerara la jueza de primera instancia en la sentencia de fs. 819/825 vta., se señaló que, a esa fecha, el paciente se hallaba en estado vegetativo desde hacía 15 años sin conexión con el mundo exterior y presentaba una grave secuela con desconexión entre ambos cerebros, destrucción del lóbulo frontal y severas lesiones en los lóbulos temporales y occipitales, con participación del tronco encefálico, el que mostraba atrofia (conf. fs. 712/721),

8. (...) Los informes producidos por el Cuerpo Médico Forense destacan que el paciente sufre un evidente trastorno de conciencia grave (fs. 1149) y que los resultados del examen efectuado a M.A.D. son prácticamente idénticos a los arrojados por el estudio neurológico realizado por el Instituto de Neurología y Neurocirugía de Neuquén en el año 2006 (conf. fs. 1152).

(...) En este mismo sentido, el Instituto de Neurociencias de la Fundación Favalaro afirma que M.A.D. permanece desde su accidente con un profundo trastorno de conciencia, no comprende órdenes simples, no emite ningún tipo de vocalización

y, al estímulo auditivo, no localiza ni presenta respuesta de sobresalto (conf. fs. 1186).

9. Que, desde el momento de su hospitalización M.A.D. ha sufrido varias dolencias como epilepsia postraumática, esofagitis por reflujo y hemorragia digestiva alta, neumonitis química broncoaspirativa, neumonía intrahospitalaria tardía e infección del tracto urinario por pseudomona multiresistente (conf. fs. 502/504 y 667).

Para atender algunas de estas afecciones se le suministra, diariamente, medicación anticonvulsionante, antieméticos, anti-reflujos y un gastroprotector.

Además, requiere de atención permanente para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, ante la imposibilidad de deglutir, M.A.D. es alimentado por yeyunostomía, procedimiento por el cual se realiza una apertura permanente en el intestino delgado para administrar nutrientes a través de una sonda. También, se le ha colocado una sonda vesical permanente y pañales, por incontinencia vesical y rectal.

10. Que la condición descrita ha perdurado por un lapso que supera los veinte años. El cuadro clínico de M.A.D. no ha sufrido cambios y los profesionales que se han pronunciado en las instancias anteriores coinciden en que no tiene posibilidad alguna de recuperación neurológica o de revertir su actual estado (...).

12. Que, aclarado ello, es importante remarcar que la Ley 26.529 reconoce el derecho del paciente 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 voluntad.

El artículo 2º, inciso e, prevé que “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. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a inter-

venir 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. 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”.

Por su parte, el artículo 5° establece que debe entenderse “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: (...) 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”.

(...) Por lo demás, sobre este punto, cabe señalar que estas previsiones consagradas por la legislación especial no resultan in-

compatibles con las normas del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación, promulgado por la Ley 26.994 y que, de acuerdo a la Ley 27.077, entrará en vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

(...)

15. (...) Asimismo, al regular lo atinente a los procedimientos de alimentación e hidratación artificial en los términos ya reseñados, se consideró que éstos también pueden ser rechazados cuando "...produzcan, como único efecto, la prolongación, en el tiempo, del estadio terminal irreversible o incurable. De esta forma, abarcamos todos los tipos de procedimientos mencionados, a los efectos de que claramente rija la autonomía de la voluntad para rechazarlos y que la muerte se produzca naturalmente sin necesidad de prolongarla de manera artificial, dando lugar así al encarnizamiento médico [...] o al alargamiento de situaciones de vida vegetativa..." (conf. diputada Ibarra, Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 10 - 7ª Sesión Ordinaria (Especial) - 30 de noviembre de 2011).

16. Que este Tribunal entiende adecuado resaltar que la solicitud incoada para que cesen los procedimientos de hidratación y alimentación artificial que recibe M.A.D. puede ser encuadrada en los distintos supuestos previstos en forma alternativa por los artículos 2°, inciso e, y 5°, inciso g.

Ello es así por cuanto, más allá de la especificidad de estos procedimientos y de la expresa referencia que estas normas contienen al respecto, lo cierto es que en el marco de una situación como la que se encuentra M.A.D. existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que éstos, en tanto brindan al paciente soporte vital, constituyen en sí mismos una forma de tratamiento médico.

17. (...) Que, por lo demás, el relevamiento de la jurisprudencia comparada demuestra que la hidratación y la alimentación han sido reconocidos como tratamientos médicos, aun en ausencia

de previsiones normativas expresas, en distintos precedentes dictados por los tribunales extranjeros de máxima instancia al decidir peticiones similares a las planteadas en autos respecto a pacientes que carecían de conciencia de sí mismos y del mundo exterior y cuyos estados resultaban también irreversibles (cf. Suprema Corte de los Estados Unidos, “Cruzan v. Director Missouri Department of Health”, 497 U.S. 261, voto concurrente de la jueza O’Connor, sentencia del 25 de junio de 1990; Cámara de los Lores del Reino Unido, “Airedale NHS Trust T. Bland” [1993] 1 All ER 821, sentencia del 4 de febrero de 1993; Corte Suprema de Casación de Italia, sección primera civil; sentencia N° 21748/07 del 16 de octubre de 2007, (caso “Englaro”); Suprema Corte de la India, “Aruna Ramchandra Shanbaug v. Union of India & Ors.”, sentencia del 7 de marzo de 2011; Consejo de Estado Francés, “Mme. F.I. et autres”, sentencia del 24 de junio de 2014).

18. (...) Que la situación concreta en la que se halla M.A.D. permite aseverar que, en el presente caso, se está en presencia de un paciente mayor de edad que hace más de 20 años que se encuentra internado sin conciencia de sí mismo ni del mundo que lo rodea, alimentado por yeyunostomía, con las complicaciones médicas que naturalmente se derivan de la circunstancia de que esté postrado y con una apertura permanente en su intestino delgado para recibir, a través de una sonda, los nutrientes que prolongan su vida.

Asimismo, de las constancias de la causa surge que M.A.D. no ha brindado ninguna directiva anticipada formalizada por escrito respecto a qué conducta médica debe adoptarse con relación a la situación en la que se halla actualmente. Tal omisión no puede entenderse indicativa de voluntad alguna si se tiene en consideración que al momento del accidente no solo no se encontraban vigentes las normas que aquí se examinan, sino que esa práctica no era habitual ni se hallaba tan difundida socialmente la posibilidad de hacerlo como ocurre en la actualidad.

Asimismo, atento a su condición médica, no puede ahora ni podrá en el futuro declarar por sí mismo la decisión relativa a la continuidad del tratamiento médico y del soporte vital que viene recibiendo desde el año 1994.

Es decir, en el sub lite lo que corresponde examinar es si pese a estas circunstancias es posible conocer cuál es la voluntad de M.A.D. respecto de esta cuestión.

19. Que, ello aclarado, cabe reiterar que, como se estableciera anteriormente, la decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional.

En efecto, esta Corte, en innumerables precedentes ha resaltado el valor de la autodeterminación de la persona humana con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no solo como límite a la injerencia del Estado en las decisiones del individuo concernientes a su plan de vida, sino también como ámbito soberano de éste para la toma de decisiones libres vinculadas a sí mismo (Fallos: 332:1963; 335:799) (...).

21. Que en la Ley 26.529 se prevé la situación de los pacientes que, como en el caso de M.A.D., se encuentran incapacitados o imposibilitados de expresar su consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico. Así, en el artículo 6° se establece que en estos supuestos el consentimiento del paciente “[...] podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 [Trasplante de Órganos], con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”.

De acuerdo con los términos del citado artículo 21, y al orden de prelación allí establecido, los hermanos se encuentran autorizados a dar testimonio de la voluntad del paciente.

22. (...) En este sentido, debe aclararse y resaltarse que por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún

modo puede considerarse que el legislador haya transferido a las personas indicadas un poder incondicionado para disponer la suerte del paciente mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia.

En efecto, no se trata de que las personas autorizadas por la ley -en el caso, las hermanas de M.A.D.-, decidan la cuestión relativa a la continuidad del tratamiento médico o de la provisión del soporte vital de su hermano en función de sus propios valores, principios o preferencias sino que, como resulta claro del texto del artículo 21 de la Ley 24.193 al que remite el artículo 6° de la Ley 26.529, ellas solo pueden testimoniar, bajo declaración jurada, en qué consiste la voluntad de aquél a este respecto.

Los términos del artículo 21 de la ley son claros en cuanto a que, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente no actúan a partir de sus convicciones propias sino dando testimonio de la voluntad de éste. (...).

24. Que en razón de los valores en juego y con el objeto de evitar cualquier equívoco relativo al alcance de este pronunciamiento, corresponde remarcar que no está en discusión que M.A.D. es una persona en sentido pleno que debe ser tutelada en sus derechos fundamentales, sin discriminación alguna (artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional).

Asimismo, debe subrayarse que de la dignidad que le asiste por el simple hecho de ser humano, reconocida en distintas normas convencionales, se desprende el principio de inviolabilidad de las personas que proscribire tratarlo con base en consideraciones utilitarias (Fallos: 335:197, considerando 16).

Es justamente por ello que goza tanto del derecho a la autodeterminación de decidir cesar un tratamiento médico como también, en sentido opuesto, a recibir las necesarias prestaciones de salud y a que se respete su vida, en tanto primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 323:3229; 324:3569; 331:453; CSJ 698/2011 (47-P) “P., A.C. s/ insania”, fallada el 11 de diciembre de 2014; CSJ 9/2013 (49-R) “R., S.E. c. Pro-

vincia Servicios de Salud S.A. s/ cumplimiento de contrato”, fallada el 30 de diciembre de 2014; entre otros).

25. Que es en razón de estas esenciales premisas que se impone aclarar que la solución que aquí se adopta respecto de la solicitud formulada por las hermanas de M.A.D. de ninguna manera avala o permite establecer una discriminación entre vidas dignas e indignas de ser vividas ni tampoco admite que, con base en la severidad o profundidad de una patología física o mental, se restrinja el derecho a la vida o se consienta idea alguna que implique cercenar el derecho a acceder a las prestaciones médicas o sociales destinadas a garantizar su calidad de vida (Fallos: 327:2127; 335:76, 452).

(...) Es decir, no se trata de valorar si la vida de M.A.D., tal como hoy transcurre, merece ser vivida pues ese es un juicio que, de acuerdo con el sistema de valores y principios consagrado en nuestra Constitución Nacional, a ningún poder del Estado, institución o particular corresponde realizar. Como esta Corte ha señalado “en un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arroge la potestad sobrehumana de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo” (Fallos: 329: 3680).

26. Que resulta claro, entonces, que el artículo 6° de la Ley 26.529 no autoriza a las personas allí designadas a decidir por sí, y a partir de sus propias valoraciones subjetivas y personales, con relación del tratamiento médico de quien se encuentra impedido de expresarse en forma absoluta y permanente a su respecto. De este modo, lo que la norma exclusivamente les permite es intervenir dando testimonio juramentado de la voluntad del paciente con el objeto de hacerla efectiva y garantizar la autodeterminación de éste.

27. Que, en este contexto y a partir de todo lo afirmado precedentemente, resulta indispensable valorar que las hermanas de M.A.D., que son mayores de edad y, a su vez, fueron designadas como sus curadoras, solicitaron el cese de la provisión de tratamiento médico y de medidas de soporte vital manifestando con carácter de declaración jurada que esta solicitud responde a la voluntad de su hermano (conf. fs. 424 vta. y 428).

Asimismo, reviste interés resaltar las concordantes manifestaciones posteriormente efectuadas por la Sra. A. D. en el sentido que “está representando a su hermano, que ella sabe cuál era su voluntad y quiere que se respeten los derechos de su hermano” (conf. fs. 710) y que ratificó, al contestar el traslado de los recursos extraordinarios interpuestos en autos, cuando señaló que estaban “...cumpliendo la voluntad explícita manifestada por él, en vida a una de sus hermanas...” (fs. 1089).

Por último, en esta línea corresponde dejar asentado que en el sub examine no se ha alegado ni aportado elemento alguno ante esta instancia tendiente a sostener que la aplicación del sistema adoptado por el legislador pueda implicar, en este caso concreto, desconocer la voluntad de M.A.D. al respecto.

Tampoco hay en el expediente consideración o testimonio alguno que permita albergar dudas acerca de que ésta es la voluntad de M.A.D. ni existen constancias de que esta voluntad hubiere sido modificada con posterioridad a las manifestaciones de las que se da testimonio en autos. La ausencia de una controversia sobre estos extremos permite diferenciar claramente a la situación planteada en el sub examine de la examinada en el precedente de Fallos: 335:799 (...).

29. (...) En tales términos, y teniendo en cuenta las circunstancias ya descriptas, corresponde admitir la pretensión deducida a fin de garantizar la vigencia efectiva de los derechos del paciente en las condiciones establecidas por la Ley 26.529. En especial, deberá darse cumplimiento con el artículo 2, inciso e, in fine, en cuanto precisa que en los casos en que corresponde proceder al retiro de las medidas de soporte vital es menester

adoptar las providencias y acciones para el adecuado control y alivio de un eventual sufrimiento del paciente.

30. Que si bien en este caso particular no corresponde realizar juicio alguno relativo a la circunstancia de que la solicitud efectuada por las hermanas de M.A.D. fue judicializada, el Tribunal estima conveniente formular algunas precisiones respecto de cómo deberán tratarse, en el futuro, situaciones en las que se pretenda hacer efectivo el derecho a la autodeterminación en materia de tratamientos médicos.

31. Que, para ello, resulta necesario recordar que esta Corte ha sostenido que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 334:13; CSJ 369/2013 (49-R)/CS1 “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, Ley 26.855, medida cautelar”, sentencia del 18 de junio de 2013).

De este modo, partiendo de estas premisas interpretativas, debe resaltarse que en lo que se refiere a esta importante cuestión y para el supuesto que aquí nos ocupa, el legislador no ha exigido que el ejercicio del derecho a aceptar o rechazar las prácticas médicas ya referidas quede supeditado a una autorización judicial previa (...).

32. (...) Por tal razón, no debe exigirse una autorización judicial para convalidar las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos, en la medida en que éstas se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la Ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las Leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan con-

troversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión (...).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora General de la Nación, se declaran parcialmente admisibles los recursos extraordinarios interpuestos y se confirma la sentencia apelada en los términos y con los alcances indicados en el considerando 29, segundo párrafo. Notifíquese y oportunamente devuélvase. — Ricardo L. Lorenzetti. — Elena I. Highton de Nolasco. — Juan C. Maqueda.

#### FALLO DE LA EXCMA. C.S.J.N. REFERIDO A LA AUTONOMÍA PERSONAL Y EL DERECHO A DISPONER DEL PROPIO CUERPO

“(...) Con sustento en el art. 19 de la Constitución Nacional, que concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su vida y de cuanto les es propio, es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal, que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aún cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada, idea que ha sido receptada por el legislador en la Ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2 inc. e). (...)”. CSJN, 01/06/2012, “A. N., J. W. s/ Medidas precautorias”, Fallos: 335:799.



## **CAPÍTULO II**

### **De la información sanitaria**

**ARTÍCULO 3. Definición.** 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 fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

#### **3.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 42, 43, 75 inc. 22 CN; arts. 1, 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### **3.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 59 y ccs.

**ARTÍCULO 4. Autorización.** La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

#### **4.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 2, 5, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 6, 7, 12 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 11, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 16, 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5, 12, 22 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

#### **4.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 24, 26, 31, 32, 38, 43, 59 y ccs.

#### **4.3 Comentario a los arts. 3 y 4**

El art. 3 define a la información sanitaria, mientras que el art. 5 se ocupa del consentimiento informado. Mientras este último se relaciona directamente con el derecho a la disposición del propio cuerpo y con la autonomía de la voluntad pregonada en el inc. e) del art. 2, la información sanitaria –mencionada en el inc. f) de dicho artículo- parece relacionarse más con el derecho a conocer una situación de salud concreta, que con la necesidad de una toma de decisión inmediata por parte del paciente.

Estamos, entonces, ante un derecho a saber (o a no saber), independiente de la información que se incluye en la normativa aplicable al consentimiento informado. Esta diferencia se deduce al sólo efecto de justificar la dualidad de tratamiento que el cuerpo legal destina a la información sanitaria y al consentimiento informado, pero no surge con claridad de la ley sino luego de un esfuerzo interpretativo, e incluso merece algunos reparos.

En efecto, el art. 3 expresa que la información sanitaria es “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 fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos”. La última parte

de la norma sugiere la necesidad de una toma de decisión por parte del paciente, confundiendo con el contenido de la información que debe brindarse en el consentimiento informado, lo cual echa por tierra la distinción trazada con anterioridad entre ambos conceptos. Pero, insisto, es la única justificación que encuentro al tratamiento diferenciado de ambos temas. Una vez más, tengo la sensación de que hubiera sido mejor –para el paciente- omitir el desarrollo legal de este tema (su autonomía y su derecho a saber y a no saber hubiera estado igualmente resguardada con los arts. 2, 5 y ss.). Sobre todo, teniéndose en cuenta la redacción del siguiente artículo.

En efecto, el art. 4 expresa: “La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico<sup>29</sup>, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o a la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad”. Para evitar conflictos o superposiciones, puede considerarse que la enunciación expresada debe entenderse en orden decreciente y excluyente (ello tiene sustento además en el decreto reglamentario), de modo que dada la imposibilidad de comprender la información por parte del paciente, la responsabilidad recaerá sobre el representante legal, luego sobre el cónyuge, después sobre la persona que se ocupe del cuidado del paciente, y por último en los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado. Sin embargo, la cuestión no es clara en la ley, y la interpretación aludida encierra algunas incógnitas, pues plantearía, por ejemplo, una mejor posición de un enfermero a cargo de la asistencia del sujeto, que de un pariente próximo (padre, hijo, abuelo, nieto, etc.).

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el régimen de capacidad de ejercicio ha sido sustancialmente modificado mediante el nuevo CCC, por lo cual –más que de “representante”, concepto

29 Obsérvese que la norma hace referencia a la posible incapacidad de hecho o de ejercicio del sujeto, pero también a la imposibilidad de comprensión por falta de discernimiento, situación relacionada con el concepto bioético de “competencia”. Me remito al comentario que, sobre el tema, está incluido en el tratamiento del art. 6 de la ley.

limitado a los incapaces- habría que referirse a las figuras de apoyo, propiciadas para los casos de capacidad de ejercicio restringida (arts. 32 y 43 CCC).

Pero hay en la redacción del citado artículo otro peligro, que puede calificarse de más grave. En la actualidad, es sabido que muchas obras sociales, compañías de seguro y empresas de medicina prepaga –a efectos de decidir la inclusión o no de las personas dentro de su sistema como asegurados, afiliados voluntarios o adherentes- obligan a los solicitantes a llenar formularios pre-impresos con sus datos generales y declaraciones juradas referidas a su estado de salud, enfermedades crónicas, intervenciones quirúrgicas practicadas, accidentes, etc. Sin dudas, ello obedece a una cuestión económica, pues permite a la entidad evaluar con cierto grado de probabilidad el posible costo futuro de las prestaciones que deba brindar al “aspirante a asegurado”. Desde esta óptica, teniendo en cuenta la posibilidad que brinda el comentado art. 4, imagino formularios que incluyan una cláusula mediante la cual el paciente “autorice” a la entidad a solicitar y recibir la información sanitaria del peticionante, lo cual implica una grave amenaza a la intimidad de la persona, a su trato digno y a su derecho a no ser discriminado en razón de su historial de salud.

Es más, este peligro se maximiza porque no es razonable la redacción del artículo si los derechos del paciente hubieran sido su única estrella rectora. Ello, porque si el paciente tiene interés de que alguien conozca su información sanitaria puede compartirla voluntariamente en el momento de recibirla, o divulgarla luego; si no puede recibirla por las causas previstas luego en la misma norma (incapacidad o imposibilidad de comprensión), el problema está solucionado en el segundo párrafo del artículo; y si hubiera de todos modos necesidad de cubrir alguna otra situación, en lugar de referirse genéricamente a una autorización hecha a favor de “terceros”, la norma podría haberse referido específicamente a los terceros que luego enumera para el caso de incapacidad o imposibilidad comprensiva. Por lo tanto, la redacción es –en el mejor de los casos- poco feliz, e implica más peligros de avasallamiento de los derechos del paciente, que garantías a los derechos de todos modos consagrados en otras partes de la ley.

Finalmente, si se justificara la inclusión de los arts. 3 y 4, este último también pecaría por defecto, pues no se encuentra contemplada

la necesidad de brindar –con autorización judicial, por ejemplo- la información sanitaria de alguien a las autoridades pertinentes para salvaguardar la salud pública (con la obligación de guardar el mayor secreto posible y compatible con el fin buscado).

La reglamentación de estos artículos es la siguiente:

Art. 3°. Inclúyese dentro de los alcances de la definición de información sanitaria que debe recibir el paciente a las alternativas terapéuticas y sus riesgos y a las medidas de prevención, los beneficios y perjuicios, con los alcances previstos en el artículo 5 inciso e) de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742. Los centros de salud públicos y privados y demás sujetos obligados por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de los pacientes en materia de información sanitaria;

Art. 4. La autorización efectuada por el paciente para que terceras personas reciban por el profesional tratante la información sanitaria sobre su estado de salud, diagnóstico o tratamiento, deberá quedar registrada en la historia clínica del paciente, y ser suscripta por éste. Para el supuesto del segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 la información sanitaria será brindada según el orden de prelación de la Ley N° 24.193, siempre que estuviesen en el pleno uso de sus facultades. Para el consentimiento informado se atenderá al orden de prelación del artículo 21 de la Ley N° 24.193, agregándose como último supuesto de prelación a la persona que sin ser el cónyuge del paciente, o sin reunir ese carácter conforme el inciso a) del artículo 21 de la Ley N° 24.193, modificado por la Ley N° 26.066, estuviera contemplado en el artículo 4°, segundo párrafo de la Ley N° 26.529, por ser quien convive o esté a cargo de la asistencia o cuidado del paciente. En el caso de los representantes legales del paciente, sean ellos designados por la ley o por autoridad judicial, será acreditada la misma con el documento donde conste su designación. 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 artículo que se reglamenta y asumir el compromiso de confidencialidad que contempla la ley que se reglamenta.

Son excepciones a la regla general 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 persona/s. 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. 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”.

#### **4.4 Derecho comparado de América del Sur**

##### **4.4.1 Chile:**

Ley 20.584: Artículo 8: Toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, sea en forma visual, verbal o por escrito, respecto de los siguientes elementos:

- a. Las atenciones de salud o tipos de acciones de salud que el prestador respectivo ofrece o tiene disponibles y los mecanismos a través de los cuales se puede acceder a dichas prestaciones, así como el valor de las mismas.
- b. Las condiciones previsionales de salud requeridas para su atención, los antecedentes o documentos solicitados en cada caso y los trámites necesarios para obtener la atención de salud.
- c. Las condiciones y obligaciones contempladas en sus reglamentos internos que las personas deberán cumplir mientras se encuentren al interior de los establecimientos asistenciales.
- d. Las instancias y formas de efectuar comentarios, agradecimientos, reclamos y sugerencias.

Los prestadores deberán colocar y mantener en un lugar público y visible, una carta de derechos y deberes de las personas en relación con la atención de salud, cuyo contenido será determinado mediante resolución del Ministro de Salud.

Los prestadores individuales estarán obligados a proporcionar la información señalada en las letras a) y b) y en el inciso precedente.

Artículo 9: Toda persona tiene derecho a que todos y cada uno de los miembros del equipo de salud que la atiendan tengan algún sistema visible de identificación personal, incluyendo la función que desempeñan, así como a saber quién autoriza y efectúa sus diagnósticos y tratamientos.

Se entenderá que el equipo de salud comprende todo individuo que actúe como miembro de un equipo de personas, que tiene la función de realizar algún tipo de atención o prestación de salud. Lo anterior incluye a profesionales y no profesionales, tanto del área de la salud como de otras que tengan participación en el quehacer de salud.

Artículo 10: Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Cuando la condición de la persona, a juicio de su médico tratante, no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso anterior será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en el inciso precedente.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquellas en que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona

a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante las condiciones en que se encuentre lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello.

Artículo 11: Toda persona tendrá derecho a recibir, por parte del médico tratante, una vez finalizada su hospitalización, un informe legible que, a lo menos, deberá contener:

- a. La identificación de la persona y del profesional que actuó como tratante principal;
- b. El período de tratamiento;
- c. Una información comprensible acerca del diagnóstico de ingreso y de alta, con sus respectivas fechas, y los resultados más relevantes de exámenes y procedimientos efectuados que sean pertinentes al diagnóstico e indicaciones a seguir, y
- d. Una lista de los medicamentos y dosis suministrados durante el tratamiento y de aquellos prescritos en la receta médica.

El prestador deberá entregar por escrito la información sobre los aranceles y procedimientos de cobro de las prestaciones de salud que le fueron aplicadas, incluyendo pormenorizadamente, cuando corresponda, los insumos, medicamentos, exámenes, derechos de pabellón, días-cama y honorarios de quienes le atendieron, antes del pago, si éste correspondiere.

Toda persona podrá solicitar, en cualquier momento de su tratamiento, un informe que señale la duración de éste, el diagnóstico y los procedimientos aplicados.

Asimismo, toda persona tendrá derecho a que se le extienda un certificado que acredite su estado de salud y licencia médica si corres-

ponde, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria, o cuando lo solicite para fines particulares. El referido certificado será emitido, de preferencia, por el profesional que trató al paciente que lo solicita.

Artículo 23: La reserva de la información que el profesional tratante debe mantener frente al paciente o la restricción al acceso por parte del titular a los contenidos de su ficha clínica, en razón de los efectos negativos que esa información pudiera tener en su estado mental, obliga al profesional a informar al representante legal del paciente o a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre, las razones médicas que justifican tal reserva o restricción.

#### 4.4.2 Colombia:

Ley Estatutaria 1751: Artículo 10: Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...) c. A mantener una comunicación plena, permanente, expresa y clara con el profesional de la salud tratante;

d. A obtener una información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir tratamiento de salud;

(...) k. A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine; (...).

#### 4.4.3 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 18: Todo paciente tiene derecho a conocer todo lo relativo a su enfermedad. Esto comprende el derecho a:

A. Conocer la probable evolución de la enfermedad de acuerdo a los resultados obtenidos en situaciones comparables en la institución prestadora del servicio de salud.

B. Conocer en forma clara y periódica la evolución de su enfermedad que deberá ser hecha por escrito si así lo solicitase el paciente; así como el derecho a ser informado de otros recursos de acción médica no disponibles en la institución pública o privada donde se realiza la atención de salud.

En situaciones excepcionales y con el único objetivo del interés del paciente con consentimiento de los familiares se podrá establecer restricciones al derecho de conocer el curso de la enfermedad o cuando el paciente lo haya expresado previamente (derecho a no saber).

Este derecho a no saber puede ser relevado cuando, a juicio del médico, la falta de conocimiento pueda constituir un riesgo para la persona o la sociedad.

C. Conocer quién o quiénes intervienen en el proceso de asistencia de su enfermedad, con especificación de nombre, cargo y función.

D. Que se lleve una historia clínica completa, escrita o electrónica, donde figure la evolución de su estado de salud desde el nacimiento hasta la muerte (...).

La historia clínica constituye un conjunto de documentos, no sujetos a alteración ni destrucción, salvo lo establecido en la normativa vigente.

El paciente tiene derecho a revisar su historia clínica y a obtener una copia de la misma a sus expensas, y en caso de indigencia le será proporcionada al paciente en forma gratuita.

En caso de que una persona cambie de institución o de sistema de cobertura asistencial, la nueva institución o sistema debe-

rá recabar de la o del de origen la historia clínica completa del usuario. El costo de dicha gestión será de cargo de la institución solicitante y la misma deberá contar previamente con autorización expresa del usuario.

La historia clínica es de propiedad del paciente, será reservada y sólo podrán acceder a la misma los responsables de la atención médica y el personal administrativo vinculado con éstos, el paciente o en su caso la familia y el Ministerio de Salud Pública cuando lo considere pertinente.

El revelar su contenido, sin que fuere necesario para el tratamiento o mediante orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal.

E. Que los familiares u otras personas que acompañen al paciente -ante requerimiento expreso de los mismos- conozcan la situación de salud del enfermo y siempre que no medie la negativa expresa de éste.

En caso de enfermedades consideradas estigmatizantes en lo social, el médico deberá consultar con el paciente el alcance de esa comunicación. La responsabilidad del profesional en caso de negativa por parte del enfermo quedará salvada asentando en la historia clínica esta decisión.

F. Que en situaciones donde la ciencia médica haya agotado las posibilidades terapéuticas de mejoría o curación, esta situación esté claramente consignada en la historia clínica, constando a continuación la orden médica: “No Reanimar” impartida por el médico tratante, decisión que será comunicada a la familia directa del paciente.

G. Conocer previamente, cuando corresponda, el costo que tendrá el servicio de salud prestado, sin que se produzcan modificaciones generadas durante el proceso de atención. En caso de que esto tenga posibilidad de ocurrir será previsto por las autoridades de la institución o los profesionales actuantes.

H. Conocer sus derechos y obligaciones y las reglamentaciones que rigen los mismos.

I. Realizar consultas que aporten una segunda opinión médica en cuanto al diagnóstico de su condición de salud y a las alternativas terapéuticas aplicables a su caso. Las consultas de carácter privado que se realicen con este fin serán de cargo del paciente.

#### 4.4.4 Brasil:

Carta de los derechos de los usuarios de la salud (Ley Portaria nº 1.820/2009): Artículo 3 Toda persona tiene derecho al tratamiento adecuado y en tiempo oportuno para resolver su problema de salud.

Párrafo único. Es derecho de la persona tener atención adecuada, con calidad, en el momento oportuno y con garantía de continuidad del tratamiento, y para ello debe garantizarse: (...)

II. información sobre su estado de salud, de manera clara, objetiva, respetuosa y comprensible en cuanto a:

- C. posibles diagnósticos;
- D. diagnósticos confirmados;
- E. tipos, justificaciones y riesgos de los exámenes solicitados;
- F. resultados de los exámenes realizados;
- G. objetivos, riesgos y beneficios de procedimientos diagnósticos, quirúrgicos, preventivos o de tratamiento;
- H. la duración prevista del tratamiento propuesto;
- I. procedimientos diagnósticos y tratamientos invasivos o quirúrgicos,

- J. necesidad o no de anestesia y su tipo y duración;
- K. partes del cuerpo afectadas por los procedimientos, instrumental a ser utilizado, efectos colaterales, riesgos o consecuencias indeseables;
- L. la duración prevista de los procedimientos y el tiempo de recuperación;
- M. evolución probable del problema de salud;
- N. información sobre el coste de las intervenciones de las que la persona se ha beneficiado;
- O. cualquier otra información que sea necesaria (...).



## **CAPÍTULO III**

### **Del consentimiento informado**

**ARTÍCULO 5. Definición.** Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

a. Su estado de salud;

b. El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;

c. Los beneficios esperados del procedimiento;

d. Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;

e. La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;

f. Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;

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 recha-

**zar 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.**

**(Artículo sustituido por art. 2 de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)**

### **5.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 42, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 2, 11, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 6, 7, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 16, 17, 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5, 12 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **5.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 56, 57, 58, 59 y ccs.

### **5.3 Comentario**

La sociedad actual ha sido caracterizada, como consecuencia de los avances vertiginosos de la ciencia y la tecnología (que tantos beneficios otorgan), como la “sociedad del riesgo”, pues “los peligros se convierten en polizones del consumo normal”.<sup>30</sup> Precisamente por ello, se

30 U. Beck, citado por Cristina Di Doménico; “Consentimiento informado e innovación científico-tecnológica”, en Jurisprudencia Argentina del 28 de octubre de 1998, número especial de Bioética, p. 38.

ha destacado la importancia del análisis de la percepción social e individual del riesgo y el grado de conocimiento del mismo.<sup>31</sup> Lo dicho no debe olvidarse en lo referido al consentimiento informado, pues guarda relación con las causas de su nacimiento y desarrollo en los EEUU<sup>32</sup>, y también con los recaudos subjetivos que en la actualidad deben tenerse en cuenta para su validez (competencia, información y libertad existentes en el proceso decisional).

El consentimiento informado es un pilar del derecho a la disposición del propio cuerpo del paciente, de su derecho a la salud, y de su autonomía de voluntad.<sup>33</sup> Y también es medular desde la óptica de la relación médico-paciente.

Ha sido caracterizado como “una explicación efectuada frente a un paciente que, en uso de su razón, puede entender el diagnóstico de enfermedad, los efectos de la misma, como así también los riesgos y beneficios de la terapia recomendada. La aceptación del

31 Cristina Di Doménico, *Ibid.*, pp. 38 a 41.

32 “La doctrina especializada coincide en señalar que el concepto se desarrolló a partir de la decisión dictada por la Corte de Apelaciones de Nueva York en abril del año 1914, en el caso ‘Schloendorff v. Society of New York Hospital’, sentencia en la que se estableció con claridad que todo ser humano adulto y sano mentalmente tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente” (Gustavo Caramelo; “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en *Derecho Privado*, Año I N° 1, Bioderecho, Infojus, Bs. As., mayo de 2012, p. 92).

33 Recuérdese que uno de los principios bioéticos es precisamente el de Autonomía. Sin embargo, es necesario advertir que también lo son el principio de “beneficencia-no maleficencia” y el de “justicia”. Eso implica que, para la resolución de un caso concreto, debe valorarse la tríada de principios y no sólo uno de ellos, por lo cual la cuestión dista de ser sencilla. De este modo, así como ningún derecho es absoluto y puede ser razonablemente reglamentado y limitado, cediendo incluso contra otro (algo habitual en casos en los que un derecho personalísimo se encuentre en tensión con otro de igual rango), ningún principio debe aplicarse independientemente de los otros, sin un análisis conjunto de los demás principios implicados. Ello explica por qué –a pesar de su importancia notoria, pues implica respetar a la persona y a su dignidad- la Autonomía no debe erigirse en la estrella rectora de todo conflicto en el área de salud, pues puede ceder ante razones relacionadas con la salubridad pública, el daño a terceros, etc.

tratamiento por parte de quien recibe esta información debe ser libre y voluntaria”.<sup>34</sup>

Su aparición y desarrollo es un hito en la transición del modelo tradicional paternalista hacia el respeto por el derecho a la autodeterminación personal, e irradia su importancia a las relaciones jurídicas, por lo cual es obvia la necesidad de su recepción y regulación legislativa.<sup>35</sup>

Comúnmente, se mencionan tres elementos del consentimiento informado: a) Voluntariedad (que puede estar afectada por problemas psíquicos pero también por mecanismos más sutiles que pueden afectar a la voluntariedad de una decisión, como son la coacción y la manipulación); b) Información en cantidad y calidad suficiente (comprensible para el paciente); c) Competencia (que el enfermo tenga efectivamente aptitud para consentir).

El proceso de consentimiento informado se funda en el reconocimiento del paciente como un sujeto moral racional y autónomo para gobernar su propia vida y muerte. Su esencia no es otra cosa que considerar que las decisiones en salud, para ser moralmente aceptables, deben ser decisiones autónomas tomadas por los afectados por ellas. La noción de consentimiento informado no se reduce a la mera aceptación, en tanto contempla el proceso de adquisición de información para poder tomar una decisión respecto a la posible participación en un proceso de investigación o en un tratamiento.

En nuestro derecho positivo federal, el consentimiento informado se encuentra reglado mediante la Constitución Nacional (arts. 18, 19, 33 y 75 inc. 22), el CCC, las leyes de trasplantes de órganos y de prevención y lucha contra el SIDA, y la ley sobre los derechos de los pacientes, entre otras normas; mientras que su despegue jurisprudencial se produjo con el conocido caso “Bahamondez” (CSJN, 1993).

El art. 5 de la ley –en su texto originario, luego parcialmente reformado– definió al consentimiento informado como “la declaración

34 Edgardo Saux, Luis D. Covi; op. cit., p. 137.

35 Ricardo Lorenzetti; “El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”, en La Ley 1990-B, p. 1001.

de voluntad suficiente<sup>36</sup> 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<sup>37</sup> 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”.

Luego de la ya citada Ley 26.742 (conocida públicamente como la “ley de muerte digna”), el art. 5 de la ley sobre los derechos del paciente quedó redactado como antes se consignó.

La primer acotación que merece el texto vigente es relevante: se define al consentimiento informado como una “declaración de voluntad”, omitiéndose la clásica y acertada conceptualización del consentimiento informado como “proceso” (felizmente, la reglamentación rescata la idea de proceso, como veremos más adelante).

En efecto, reducir el consentimiento informado a una “declaración de voluntad” es condenarlo –en cierto sentido- al fracaso, pues aparece sólo en una dimensión “contractual o convencional” (desde la óptica de la autonomía de la voluntad, lo cual es valioso pero no suficiente), y se silencia la importancia del proceso formativo de la voluntad del paciente dentro de la relación “médico-paciente”. Dicha relación, otrora asimétrica pero de confianza, en la actualidad se encuentra en crisis, debido a la desaparición del “médico de cabecera de la familia”, a su despersonalización, a la especialización y tecnificación

36 No es suficiente –por ejemplo- la declaración de voluntad de una persona con el discernimiento turbado por alguna enfermedad mental.

37 Adviértase que la calificación de la información difiere de la expresada en el art. 4 para la “información sanitaria”, pues en dicho caso la información debe ser “clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente”, mientras que en el consentimiento informado se sustituye “suficiente” por “precisa”, y se omite toda referencia a la capacidad de comprensión del paciente. Sin embargo, resulta obvio que el lenguaje utilizado por el profesional debe ser –sin dejar de ser preciso- aprehensible por el receptor, de conformidad a su capacidad intelectual, pues de lo contrario el consentimiento estaría viciado por error o ignorancia, y no sería legítimo.

de la medicina, a la degradación de los sistemas públicos de salud, y a la aparición dominante de la idea de empresa o de comercio que emerge en muchas profesiones liberales. Ello, combinado con la judicialización de varios aspectos médicos (desde los juicios de amparo tendientes a obtener prestaciones de salud, hasta los famosos juicios de mala praxis<sup>38</sup>), hace que los profesionales de la salud piensen demasiado en los riesgos que corren (en desmedro de la idea de sanación, que debe ser la rectora en este ámbito, se desarrolla la llamada “medicina defensiva”), y los pacientes –más informados que antes– estén sumidos en la desconfianza. El “proceso” de formación de la voluntad del paciente, en medio de una relación de mutua confianza, con la información clara y completa brindada por el profesional –quien debe poner a disposición las opciones del caso para que, desde el derecho a la disposición del propio cuerpo, el paciente elija–, puede hacer mucho para revalorizar y reestructurar aquella sana relación “médico-paciente” que hoy está en vías de extinción, si no extinta.

El consentimiento informado debe rescatarse como proceso que deriva en un acto, que si bien puede ser documentado, no se reduce a un mero instrumento, pues ello sería confundir el fondo con la forma.

Por su parte, el Anexo del decreto reglamentario expresa:

Artículo 5. Entiéndese como parte del consentimiento informado al proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad a la que refiere el artículo 5° de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, 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.

38 Obsérvese que hasta no hace muchos años, el eventual fracaso de un tratamiento médico era asumido por el paciente, mientras que en la actualidad a menudo deriva en un reclamo judicial, que seguramente en muchas oportunidades no existiría si la relación “médico-paciente” se basara en la confianza otrora reinante.

Habrá 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 el orden de prelación referido anteriormente para tales fines. También operará 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. 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 el presente artículo, 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. El vínculo familiar o de hecho será acreditado; a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que a ese único efecto constituirá prueba suficiente por el plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas, debiendo acompañarse la documentación acreditante. Las certificaciones podrán ser efectuadas por ante el director del establecimiento o quien lo reemplace o quien aquél designe.

Es un gran avance que la reglamentación considere al consentimiento informado como un proceso que culmina su materialización con la declaración de voluntad, por las razones ya expuestas; y un retroceso que el CCC no haya seguido el mismo derrotero, como se verá más adelante.

La idea del consentimiento informado es un pilar básico en la relación “médico-paciente”, y debe extenderse no sólo al relato del procedimiento o tratamiento en cuestión, sino también a sus

consecuencias (positivas y negativas, riesgos) y posibilidades curativas (incluyéndose –si existiera- cálculo estadístico, etc.).

Cuando el texto legal se refiere a una información “clara”, entiende que el profesional de la salud, que lógicamente conoce el lenguaje y los tecnicismos de su ciencia con mayor amplitud que el paciente, tendrá que adecuarse a las características de este último (nivel de entendimiento, preparación cultural, etc.), pues de lo contrario no podremos valorar la información como integrante del “consentimiento informado”, sino como un monólogo incomprendido que jamás podrá generar una decisión efectivamente optada y querida. Ello teniendo en mira que la finalidad debe ser la realización de un “acto médico” efectivamente consensuado, valorado y elegido con el mayor grado de libertad posible, para lo cual, obviamente, se requerirá de la comprensión de la información pertinente otorgada por el profesional, que es quien la posee previamente.

Por otra parte, el “consentimiento informado” no debe convertirse en un “asentimiento inducido” comandado por el paternalismo médico.

No debe confundirse “consentimiento informado” con los instrumentos escritos de consentimiento (muchas veces simples formularios pre-impresos). No se exige constancia escrita del consentimiento (salvo excepciones), y si ella existiera no debe darse por sobreentendido que aquél existió. La constancia por escrito es un elemento más del consentimiento informado, relacionado a la prueba de éste, pero que no agota al mismo.<sup>39</sup> Precisamente uno de los inconvenientes del consentimiento informado es el “-firme acá, por favor” (algo muy frecuente, tendiente más a eximir<sup>40</sup> la responsabilidad profesional que a

39 Suele destacarse que el consentimiento informado es en esencia un proceso verbal que tiene lugar en una negociación igualmente verbal entre paciente y médico, gobernada por la confianza mutua y la buena fe. Se recomiendan los formularios escritos en procedimientos de riesgo, con documentos referidos al procedimiento en cuestión y no genéricos, pero estos formularios no deben sustituir a la información verbal y continuada.

40 Coincido con la jurisprudencia dominante, al considerar que las cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad incluidas en formularios o instrumentos de “consentimiento informado” son de ningún valor jurídico, por varias razones. Son determinantes en tal sentido la asimetría de las partes, la posible conducción e in-

la formación del verdadero consentimiento, pues se piden firmas en formularios -a menudo con partes en blanco- sin mayores explicaciones), que a veces se efectúa en instancias administrativas (junto con la autorización de las órdenes de la obra social, los presupuestos, etc.), lo cual no es más que una corruptela que minimiza las virtudes del consentimiento informado, pretendiéndolo transformar en un “arma de doble filo”. Precisamente esto sucede por el temor que los médicos tienen a los juicios de mala praxis, y a la desnaturalización que ello acarrea sobre el consentimiento informado.

Considero que la ley, que entiende al consentimiento informado como una mera “declaración de voluntad” (y no como “proceso”), en lugar de evitar que la relación “médico-paciente” siga deteriorándose, facilita dicho deterioro. Y si se concluyera que la falta de consentimiento informado fuera una “mala praxis” de por sí, y generara un daño autónomo indemnizable, la ley facilita la propagación de “formularios” con “declaraciones de voluntad” que dejen a salvo a los médicos de cualquier reclamo sobre el consentimiento informado, aunque el mismo (como “proceso”) no haya existido en la realidad. Ello, en definitiva, en lugar de proteger los derechos del paciente, puede causar el efecto contrario, y olvida cimentar una sana relación entre los actores. El decreto reglamentario, como ya se dijo, es más acertado en tal sentido.

En el tema del consentimiento informado es medular la relación “médico-paciente” (y por qué no, en la relación “médico-paciente-familia”<sup>41</sup>), y muchos profesionales opinan que cuando ésta se da en un marco de verdadera confianza y cordialidad no es necesario plasmar por escrito las expresiones de voluntad, que se van dando de manera fluida, dialogada y constante. En este orden de ideas, es poco probable que un paciente intente un juicio por mala praxis si su relación con el médico es la correcta, o que niegue haber recibido determinada información si efectivamente la misma fue suministrada; por lo cual la

ducción de la voluntad del paciente, el abuso de la situación en particular (premura por la práctica médica ante la enfermedad, etc.), la formación del convenio bajo el sistema de adhesión, etc.

41 Adriel J. Roitman, y Marisa Aizenberg; “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, en La Ley del 29 de diciembre de 2009, p. 1.

instrumentación escrita del consentimiento informado nada agrega a la relación, sólo una cuota de desconfianza que atenta contra ésta.

Creo, en fin, que la ley obliga a los profesionales a requerir el previo consentimiento informado para efectivizar sus prácticas, y que el incumplimiento de dicha obligación genera un daño autónomo (lo cual favorece de por sí el aumento de litigiosidad), pero que la propia ley brinda el mecanismo para evadir el riesgo de pleito reduciendo el concepto de “consentimiento informado” al de simple “declaración de voluntad”, pues ésta puede plasmarse cómodamente de manera escrita (facilitando la prueba de su existencia aunque el proceso formativo del verdadero “consentimiento informado” no haya existido). La relación “médico-paciente” no se recompone de este modo, y me temo que la instrumentación escrita del “consentimiento” aparecerá no sólo cuando la ley obliga a ello. De modo en que se legisló, será la posición ética del profesional frente al paciente lo que se pondrá de manifiesto al diseñar el modo en el que se implementará el instrumento del Consentimiento Informado. Será en definitiva la posición ética lo que hará que este instrumento funcione como garantía de los derechos de los pacientes, o bien, por el contrario, se reduzca a ser un instrumento de resguardo jurídico del profesional de la salud.

La visión del decreto reglamentario es más sana al respecto, aunque, en un conflicto puntual, dudo de su operatividad con dos textos en sentido opuesto: la propia ley reglamentada y nada menos que el CCC.

Como quedó dicho, lamentablemente la reforma introducida por la Ley 26.742 insiste en la conceptualización del consentimiento informado como una mera manifestación de voluntad, desconociendo la importancia de visualizarlo como proceso. Asimismo, sostiene la mención de los representantes legales entre los legitimados para brindar el consentimiento informado en los casos de incapacidad, sin que la noción de competencia tenga relevancia en este caso, aunque, como veremos más adelante, otras normas plantean un camino diferente y algo contrario a lo aquí establecido (art. 6 reformado).

En cuanto a los incisos agregados por la Ley 26.742 (g y h), intentan generar las condiciones para que los pacientes tengan conciencia de su derecho a ejercitar la autonomía pregonada en el art. 2 inc. e) de la ley, aún cuando ello implique la aceleración del proceso que condu-

ce a su muerte, haciendo expresa referencia al “encarnizamiento terapéutico”, considerado contrario a la dignidad misma de las personas, o –dicho en otras palabras- a la vida digna de los pacientes.

Cabe consignar que entre los fundamentos del proyecto devenido en ley reformadora –en tanto insiste con la posibilidad de evitar al encarnizamiento terapéutico- no sólo se mencionan la dignidad de la persona y su derecho a la autonomía, sino también los altos costos que suelen irrogar los procedimientos tecno-médicos desplegados durante el último tramo de la vida de las personas, sin mayores beneficios para la salud de las mismas. Obviamente, el balance entre “costo-beneficio” no define la cuestión (pues la decisión está en manos del paciente), pero ha sido tenida en cuenta para la redacción de la norma modificatoria del texto originario del art. 5.

En cuanto al concepto de consentimiento informado, cabe acotar que el CCyC sigue los lineamientos de la Ley 26.529, al establecer, en su art. 59:

Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, 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) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por 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.

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Como puede observarse, el CCC insiste en conceptualizar al consentimiento informado como una declaración de voluntad (y no como proceso), lo cual es una nota negativa.

Sin embargo, obviamente, implica un avance en lo referente a la inclusión de los apoyos para la expresión sustitutiva del consentimiento, lo cual es lógico debido a la incorporación de dicha figura ante el nuevo régimen de capacidad de ejercicio, que flexibiliza las normas a efectos de permitir la solución de cada caso concreto de conformidad

a sus circunstancias y necesidades particulares (sobre todo en el ámbito de la salud mental).

Asimismo, en el campo señalado, la norma del CCC contiene una redacción coherente con la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378).

Los contenidos de la citada Convención fueron incorporados al derecho infraconstitucional a través de la Ley N° 26.657 (B.O. 03/12/2010), denominada “ley de salud mental”, que introduce un cambio sustancial en la concepción del paciente de salud mental.

Entre los derechos reconocidos por el Estado a las personas con padecimiento mental, aparecen en la ley: el Derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada, a partir del acceso gratuito, igualitario y equitativo a las prestaciones e insumos necesarios, con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de su salud; el derecho a recibir una atención basada en fundamentos científicos ajustados a principios éticos; el derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; el derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; el derecho del asistido, su abogado, un familiar o allegado que éste designe, a acceder a sus antecedentes familiares, fichas e historias clínicas; el 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; el derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades; el derecho a recibir un tratamiento personalizado en un ambiente apto con resguardo de su intimidad, siendo reconocido siempre como sujeto de derecho, con el pleno respeto de su vida privada y libertad de comunicación; y el derecho a no ser objeto de investigaciones clínicas ni tratamientos experimentales sin un consentimiento fehaciente.

Una de las preocupaciones más evidentes de la ley es la regulación restrictiva de la internación de las personas con padecimientos men-

tales, y –en el campo del consentimiento informado- cabe destacar lo dispuesto en la parte pertinente del art. 16:

Toda disposición de internación, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas, 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 (...).

Subrayo la ideología de la norma, que valora la competencia del sujeto y no su “capacidad de hecho”, por eso la facultad de conferir el consentimiento informado depende de las circunstancias del caso y del momento que corresponda. Como puede observarse, esta ley es mucho más acertada que la 26.529 en la valoración de la competencia en el ámbito de los derechos del paciente.

Por último, me permito reflexionar sobre la idea de un consentimiento informado pero no ya a un nivel individual, sino a nivel “macro”, en el cual resaltan su importancia el manejo de los medios masivos de comunicación y de la educación de los ciudadanos.

Ello ha sido alertado ya por algunos autores en el ámbito de la investigación médica:

En la consecución de una ‘democracia cognitiva’ –en términos de Edgar Morin- es imprescindible que los ciudadanos estén debidamente informados y se involucren tanto en la deliberación como en la toma de decisiones, sobre los riesgos y los beneficios/perjuicios que puede aparejar el progreso científico, y qué áreas científicas deben o no desarrollarse, en particular, en materia de investigación en salud. Una opinión pública bien informada es capaz de frenar o de impulsar determinada investigación. Con la ayuda de los medios de comunicación y un lenguaje comprensible para la población en general, ha de procurarse una directa interacción entre los diversos operadores, dando lugar así a foros públicos de esclarecimiento y debate (...) tal demanda no es sino un corolario del derecho social y cultural del ciu-

dadano a exigir una información adecuada y veraz, ora de los medios, ora del funcionario o profesional (...) Equivale al derecho independiente y autónomo de la persona a obtener información apropiada y suficiente, así como el acceso a los medios correspondientes, que le permitan su ejercicio y por ende la libertad de decisión (...) La dignidad de la persona y los derechos humanos como marco conceptual implica incorporar a la persona a la investigación en salud no como mero objeto de estudio sino como partícipe esencial de la misma, poniendo de manifiesto así su dimensión moral, ya que el ciudadano debe ser convocado al proceso de investigación porque tiene derecho a participar en él, y no sólo por razones instrumentales basadas en la conveniencia o en la eficacia, habitualmente esgrimidas.<sup>42</sup>

En una sociedad democrática, la conceptualización del sujeto reducida al marco de lo individual, implica desconocer al “ciudadano” que forma parte de cada uno de nosotros, y ello resulta una falta grave, sobre todo porque ese ciudadano es “un eslabón intermedio especialmente valioso entre el uno mismo y el sujeto de derecho”.<sup>43</sup> En este sentido resulta necesario, para sostener un posicionamiento ético, preguntarse por el contexto sociohistórico de los pacientes, en tanto es en ese escenario en el que va a moldearse su verdadera capacidad de decisión. Así, para que pueda darse verdaderamente el consentimiento informado, es necesario que exista un conocimiento significativo pero en el marco del cumplimiento de derechos humanos que permita condiciones mínimas para ejercer libremente como persona; pues será extremadamente difícil encontrar un consentimiento verdaderamente informado en un espacio de desigualdad social, inequidad, vulnerabilidad de derechos, estigmatización, relaciones desiguales de poder, etc.

En efecto, “cada preocupación bioética está en el hecho de que cada sujeto legal es un ciudadano (...) Referirse a un sujeto sin respetar ni tener en cuenta su contexto social, tal y como se expresa en la

42 Eduardo L. Tinant; “Investigación en salud. Requisitos éticos y jurídicos”, en *Jurisprudencia Argentina* 2010-IV, XII Número especial de Bioética, pp. 28 y 29.

43 Jan M. Broekman; “Bioética y Ciudadanía”, en *Jurisprudencia Argentina* 2001-IV, fascículo 11, Número Especial Bioética 1ra. Parte, p. 5.

palabra ciudadano, es una práctica deshumanizada inspirada en las tradiciones tomistas”.<sup>44</sup>

Esta visión implica remarcar la importancia de la educación y del acceso a la información por parte de los ciudadanos (recordemos que, en todo contexto, información es sinónimo de poder), y del rol del Estado en dichas cuestiones, nada ajenas a los principios bioéticos que deben nutrir al bioderecho de sus contenidos.

Por lo expuesto, más informado será un consentimiento cuanto mayor sea la información y la educación que le llega al paciente no sólo en su plano individual (en la relación con su médico y su familia) sino también desde un plano general o social. Esta temática incluso puede guardar relación con el grado de competencia del sujeto, pues se supone que una persona tiene facultades para comprender mejor la situación y tomar decisiones más sutiles a medida que va aumentando su nivel de educación e información.<sup>45</sup>

En definitiva, y una vez más, se observa la importancia de los medios de comunicación, y del Estado como hacedor de las políticas necesarias para generar la transformación social requerida para que los derechos se cristalicen y efectivicen, en la práctica cotidiana, con la mayor extensión y profundización posible, con una visión integradora y sistémica.

## **5.4 Derecho comparado de América del Sur**

### **5.4.1 Chile:**

Ley 20.584: Artículo 16: La persona que fuere informada de que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario. En ningún caso, el rechazo de tratamiento

<sup>44</sup> Jan M. Broekman; op. cit., p. 9.

<sup>45</sup> Puede consultarse, en relación a la gradación de la competencia teniendo en cuenta las cuestiones apuntadas, Cristina Di Doménico, op. cit, pp. 39 y ss.

podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas a cuyo cuidado estén y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

Siempre podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona, el apoderado que ella haya designado o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enunciación.

#### 5.4.2 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 17: Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros, a: (...) D) Morir con dignidad, entendiendo dentro de este concepto el derecho a morir en forma natural, en paz, sin dolor, evitando en todos los casos anticipar la muerte por cualquier medio utilizado con ese fin (eutanasia) o prolongar artificialmente la vida del paciente cuando no existan razonables expectativas de mejoría (futilidad terapéutica), con excepción de lo dispuesto en la Ley N° 14.005, de 17 de agosto de 1971, y sus modificativas (...).

### 5.4.3 Brasil:

Carta de los derechos de los usuarios de la salud (Ley Portaria nº 1.820/2009): Artículo 3 Toda persona tiene derecho al tratamiento adecuado y en tiempo adecuado para resolver su problema de salud.

Párrafo único. Es derecho de la persona tener atención adecuada, con calidad, en el momento oportuno y con garantía de continuidad del tratamiento, y para ello debe garantizarse: (...)

II. información sobre su estado de salud, de manera clara, objetiva, respetuosa y comprensible en cuanto a:

- C. posibles diagnósticos;
- D. diagnósticos confirmados;
- E. tipos, justificaciones y riesgos de los exámenes solicitados;
- F. resultados de los exámenes realizados;
- G. objetivos, riesgos y beneficios de procedimientos diagnósticos, quirúrgicos, preventivos o de tratamiento;
- H. la duración prevista del tratamiento propuesto;
- I. procedimientos diagnósticos y tratamientos invasivos o quirúrgicos,
- J. necesidad o no de anestesia y su tipo y duración;
- K. partes del cuerpo afectadas por los procedimientos, instrumental a ser utilizado, efectos colaterales, riesgos o consecuencias indeseables;
- L. la duración prevista de los procedimientos y el tiempo de recuperación;
- M. evolución probable del problema de salud;

N. información sobre el coste de las intervenciones de las que la persona se ha beneficiado;

O. cualquier otra información que sea necesaria (...)

Artículo 4: Toda persona tiene derecho a la atención humanizada y acogedora, realizada por profesionales calificados, en ambiente limpio, cómodo y accesible a todos.

Párrafo único. Es derecho de la persona, en la red de servicios de salud, tener atención humanizada, acogedora, libre de cualquier discriminación, restricción o negación por razón de edad, raza, color, etnia, religión, orientación sexual, identidad de género, condiciones económicas o sociales, estado de salud, de anomalía, patología o discapacidad, garantizándole: (...)

IX. la información sobre diferentes posibilidades terapéuticas, de acuerdo con su condición clínica, basado en las evidencias científicas, y la relación costo-beneficio de las alternativas de tratamiento, con derecho a la denegación, certificado en presencia de testigo; (...)

X. el derecho a elegir una alternativa de tratamiento, cuando haya, y la consideración del rechazo del propuesto; (...)

## 5.5 Jurisprudencia

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL DE TRELEW (CHUBUT) SOBRE EL CONCEPTO Y FORMA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO, Y SU RELACIÓN CON LA RESPONSABILIDAD MÉDICA:

“...cualquier formulario o documento de consentimiento que no haya sido redactado específicamente para el paciente concreto que consiente o donde no surja claramente individualizado su caso, sino que se trate del cumplimiento de un rito o de un formalismo, signi-

ficará el incumplimiento del deber del médico e instrumentará un consentimiento inválido.” (Del voto del Dr. López Mesa)

“...en el caso de autos el formulario no es específico, ni siquiera describe cuál es la operación que se le realizará al paciente, bajo qué modalidad, ni otros datos relevantes para tornar específico al formulario y hacer que tenga algún valor. Bajo los términos y forma en que está redactado el que luce a fs. de la documental reservada en autos, no es un consentimiento informado, sino un cheque en blanco.” (Del voto del Dr. López Mesa)

“...identificar mala praxis con responsabilidad civil médica constituye una inconveniente simplificación, en la que no debe caerse y en la que no caeremos, distinguiendo los ámbitos de cada una de estas esferas de responsabilidad galénica.” (Del voto del Dr. López Mesa)

“...el apelante pone el énfasis en la conducta del dañador, en su actuación y no en el sufrimiento de la víctima, que es el principal aspecto a considerar al mandarse indemnizar y cuantificar un daño moral, ahora llamado consecuencia no patrimonial del daño (art. 1741 CCC).” (Del voto del Dr. López Mesa)

“Entiendo, coincidiendo de este modo con el Dr. López Mesa, que un C.I. firmado de esta manera es sinónimo de inexistencia de C.I. Es un formulario tan amplio (y para colmo sin completar las partes que deben completarse a fin de relacionar al paciente con el médico y con la intervención quirúrgica a la que se someterá) que es como si no existiera.” (Del voto de la Dra. Natalia Isabel Spoturno)

“El C.I. es, en realidad, una ‘regla práctica’, una manera de instrumentar algo que tiene infinitamente más importancia que el formulario de C.I. en sí mismo. Esta regla práctica debe enlazarse con la ‘autonomía de la voluntad’ (como principio ético) y la ‘libertad’ como uno de los valores fundamentales (junto con la vida, la identidad, la

integridad, la salud y el bienestar). Estos tres aspectos se conjugan en la 'dignidad' como valor esencial." (Del voto de la Dra. Natalia Isabel Spoturno)

"No resulta admisible escudarse en la falta de obligatoriedad de instrumentar el C.I. por escrito para violar valores esenciales como la libertad y dignidad o bien para dejar de lado el principio ético de la autonomía de la voluntad. Estos valores, en especial la dignidad y su respeto, tienen rango constitucional desde 1994 puesto que es reconocida por todas las convenciones internacionales con jerarquía constitucional y la libertad y la salud se encuentran claramente protegidas por la Constitución de la Provincia del Chubut (Preámbulo y artículos 4, 6 y 18)." (Del voto de la Dra. Natalia Isabel Spoturno)

(Expte. 165/2016 - "A. P. A. c/ C. S. M. y Otros s/ Daños y perjuicios" - CÁMARA DE APELACIONES DE TRELEW, SALA A, 30/08/2016)

**ARTÍCULO 6. Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen 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 artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

(Artículo sustituido por art. 3 de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

### **6.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 42, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 2, 5, 11, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 6, 7, 12, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 11, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 16, 17, 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5, 12 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **6.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 24, 26, 31, 32, 38, 43, 56, 57, 58, 59 y ccs.

### **6.3 Comentario**

La Ley 26.529 determina, en principio, la obligatoriedad de requerir el previo consentimiento informado del paciente, ante la necesidad de cualquier actuación profesional en el ámbito médico-sanitario.

Sin embargo, la propia norma se encarga de dejar en claro que ello sucederá “con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria”. La reglamentación del mentado artículo nada dice al respecto, pues sólo expresa que “La obligatoriedad del consentimiento informado resulta exigible en todos los establecimientos de salud públicos y privados alcanzados por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, este decreto y sus normas complementarias”.

O sea que nos encontramos ante una doble remisión circular que no aclara en qué casos puede excepcionarse el consentimiento informado, lo cual puede dificultar el ejercicio de la medicina. Ello, porque en algunas circunstancias (por razón del poco tiempo disponible para la atención de los pacientes, de la sencillez de la práctica o tratamiento a realizar, etc.) los profesionales de la salud se encuentran imposibilitados de generar el consentimiento informado, o no lo ven necesario desde el sentido común; pero pueden sentirse amenazados por una

disposición tan genérica que ni siquiera esboza pautas para dispensarlos de dicha obligación, que puede ser fuente de litigios. Cabe consignar que existe un fuerte criterio jurisprudencial que conduce a considerar que el médico asume unilateralmente el riesgo propio de su profesión (que genera, en principio, obligaciones de medios y no de resultados) si no comprueba la obtención del consentimiento debidamente informado; y que –además– los formularios genéricos o suscriptos en blanco no pueden ser tomados como prueba suficiente de aquella obtención.<sup>46</sup>

De este modo, las únicas excepciones son las contempladas en el art. 9 de la ley, que establece:

El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos: a) Cuando mediare grave peligro a la salud pública<sup>47</sup>; b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales (...).

Vale la pena detenerse para reflexionar por qué aquí la ley plantea sólo la posibilidad de sustituir el consentimiento del paciente por parte de los representantes legales, sin acudir al auxilio de otros sujetos que contempló en el art. 4, al referirse a la información sanitaria; o a los previstos en el art. 6. El problema, o la incoherencia, radica en la omisión del tratamiento y desarrollo sistemático –por parte de la ley– del concepto de “competencia”, pues acota su hipótesis de conflicto en el caso de “incapacidad” (por ello sólo plantea la intervención de los “representantes”), situación que se agrava aún más con la ya mencionada reforma del régimen de la capacidad de ejercicio del CCC, que deja sólo para supuestos de excepción a la incapacidad (en los que aparece la figura del representante), para subrayar la importancia de los casos de capacidad restringida (en los que aparecen los sistemas de apoyo).

46 Algunos precedentes son citados en los párrafos destinados a “Jurisprudencia” en los diversos artículos comentados.

47 Podrían incluirse aquí algunos casos en los cuales las personas a cargo de los menores se niegan a que se vacune a éstos, si la vacunación es obligatoria.

No es justificable que en una ley tan relacionada con la bioética, se haya prácticamente silenciado el concepto de “competencia”.

Existe una clara diferencia conceptual entre el concepto de “capacidad” para el derecho, y el de “competencia” para la bioética. Y ello no es casual, pues ambas tienen fundamentos muy distintos.

La capacidad implica la aptitud legal para ser titular de derechos y de contraer obligaciones (capacidad de derecho), y la posibilidad de ejercerlos por sí (capacidad de hecho). El derecho civil se ha ocupado durante siglos de regular la temática de la capacidad de hecho teniendo en vista, sobre todo, los aspectos patrimoniales de los sujetos. Así, hasta el nuevo CCC, para evitar que algunas personas estén en inferioridad de condiciones de negociación frente a los demás, la ley los incapacitaba de hecho y les otorgaba un representante para que éste ejercite los derechos del incapaz (padres, tutores o curadores, según el caso), equiparando de este modo las facultades de negociación en los actos jurídicos concretos. Esa finalidad de “protección” es lo que sustenta a la incapacidad de hecho, ya en el viejo código esto debía ser interpretado de dicho modo; y ello queda aún más claro en el nuevo CCC, en el cual muchos supuestos de incapacidad fueron trocados por casos de capacidad restringida para favorecer la autonomía de las personas y respetar el principio de capacidad de las mismas.

Por su parte, la competencia y la autonomía suponen una aptitud natural para comprender el significado de la información recibida, de las acciones tomadas y de sus consecuencias, en un contexto determinado. La gestación de este concepto es netamente bioético (aunque con claras connotaciones en el ámbito jurídico), y para su desarrollo se tomó en cuenta la noción de discernimiento, elemento interno de la voluntad que permite distinguir lo conveniente de lo inconveniente, lo justo de lo injusto, lo bueno de lo malo, etc. De este modo, la competencia supone posibilidad de comprensión, algo absolutamente necesario para la factibilidad del consentimiento informado, y para tener la posibilidad de brindar directivas anticipadas, o de celebrar otro tipo de acto personalísimo, además de cualquier acto de la esfera patrimonial. Acertadamente, se ha dicho que el concepto de competencia pertenece “al área del ejercicio de los derechos personalísimos y no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución, no se adquiere o pierde en un día o en una

semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar”.<sup>48</sup> Obsérvese que, al relacionarse con el discernimiento y su alcance gradual, es clara la relación del tema con el principio de autonomía progresiva vigente en el área de los derechos de los niños.<sup>49</sup>

Uno de los autores que más atención ha prestado al consentimiento informado en España, Pablo Simón Lodra (en su obra *El consentimiento informado: teoría y práctica* (I), Barcelona, 1992), ha definido a la competencia como la “capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos, para a continuación tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propia escala de valores”.

Así como la noción de “capacidad” se relaciona con el plano patrimonial, la de “competencia” tiene directa vinculación con el ejercicio de los derechos personalísimos y con los actos personalísimos, en especial en el área de la salud. Junto con la información en cantidad suficiente y la voluntad, la competencia es uno de los elementos del consentimiento informado. Se trata de un concepto complejo, relacionado con el aspecto más operativo de la autonomía de las personas. Es una cualidad que debe caracterizarse y calificarse con relación a una tarea (obrar, votar, contratar, testar o tomar decisiones sanitarias) y debe presumirse siempre, ya que en principio ha de considerarse a toda persona autónoma, y en todo caso deberá demostrarse la incompetencia. Por lo tanto, mientras no se demuestre lo contrario, todo sujeto es competente.

48 Gustavo Caramelo; op. cit., p. 94.

49 Precisamente, en gran medida, la discusión jurídica de la noción de competencia se desarrolló luego del fallo “Gillick”, dictado por la Cámara de los Loes de Gran Bretaña en el año 1985, en el que se estableció que los menores que no han alcanzado los 16 años pueden considerarse aptos para prestar su consentimiento a la realización de prácticas no terapéuticas (en el caso, prescripción de anticonceptivos), según su madurez y entendimiento, en una evaluación realizada con mira en el mejor interés del menor (Gustavo Caramelo; Ibid., pp. 94/96).

Hay que advertir que si bien, desde el plano teórico, es plausible la introducción del concepto de competencia en el mundo jurídico, desde el punto de vista práctico la cuestión no está exenta de inconvenientes. En efecto, existen situaciones que exigen más o menos competencia a la hora de enfrentarse a ellas. Si el nivel de competencia requerido es desproporcionadamente bajo para la tarea, se corre el riesgo de que personas incompetentes decidan en situaciones de gran gravedad. Por otra parte, la mayor parte de las personas pueden ser competentes para tomar ciertas decisiones, por lo que si se utiliza un criterio de gran exigencia se anulará innecesariamente la competencia del sujeto para participar en las decisiones sobre su cuidado. Por lo tanto, una aplicación indebida por defecto de los criterios de competencia puede dar lugar a un autonomismo exagerado, mientras que si la aplicación indebida lo es por exceso se dará lugar a actitudes paternalistas duras.<sup>50</sup>

50 Por ello se han ideado numerosas escalas o maneras de “medición” de la competencia, intentando objetivar la cuestión. Sólo a modo de ejemplo, vale hacer mención a la desarrollada por Drane en su conocida Escala Móvil de Competencia (J. F. Drane, *The many faces of incompetence*. Hastings Cent Report, 1985). Este autor distingue tres grados progresivos de exigencia en las decisiones sanitarias. En el primer nivel los criterios de competencia consisten en Conocer (conciencia básica de la propia situación) y Asentir de manera explícita o implícita a las opciones que se le proponen al sujeto. No cumplen estos requisitos básicos y son por lo tanto incompetentes las personas en estado de inconsciencia, coma o Estado Vegetativo Persistente, los niños pequeños y las personas con retraso mental severo o con demencias avanzadas. Cumplen los requerimientos, en cambio, algunos grupos como los niños, las personas con retraso mental y los que padecen formas moderadas de demencia, por lo que son competentes para esta categoría de decisiones de baja exigencia, que incluyen el consentimiento de tratamientos eficaces y el rechazo de tratamientos ineficaces. En el segundo nivel, los criterios consisten en Comprender la situación médica y el tratamiento y en la capacidad de Elegir basada en las expectativas aportadas por el médico. En esta categoría son incompetentes las personas con trastornos afectivos severos, los pacientes con fobia al tratamiento, los mutistas, las personas con problemas mnésicos y cognitivos, los pacientes con distorsiones psicopatológicas severas y todos los competentes o incompetentes para la categoría 1. A juicio de Drane, los adolescentes, las personas con retraso mental leve y los trastornos de personalidad con defensas no psicóticas son competentes para esta categoría de decisiones de exigencia media, por lo que pueden consentir o rechazar tratamientos de eficacia dudosa. Finalmente, en el tercer nivel los criterios consisten en Aprender (comprensión reflexiva y crítica) la enfermedad y el tratamiento y en Decidir

La distinción entre los conceptos de capacidad y competencia no es irrelevante. En el viejo CC existían numerosos supuestos en los cuales las personas no se encontraban, a la vez, atravesando ambas situaciones: a) El demente declarado era incapaz, pero si se encontraba en un intervalo de lucidez, era competente; b) El demente no declarado que no tenía discernimiento era capaz, pero incompetente; c) El sordomudo que no sabía darse a entender por escrito, declarado como tal en juicio, era incapaz, pero si tenía discernimiento (lo más probable) era competente; d) El inhabilitado era capaz (aunque con restricciones de carácter patrimonial) y por ende carecía de representante (su curador era meramente un asistente que completaba su voluntad), pero podía carecer de competencia; e) El menor de edad era incapaz, pero podía tener la madurez suficiente para ser considerado competente<sup>51</sup> (lo cual, vale aclarar, era coherente con lo establecido mediante el principio de Progresividad consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional debido a lo prescripto en el art. 75 inc. 22 CN; y con lo previsto en el art. 2 inc. E de la propia Ley 26.529<sup>52</sup>); f) Numerosas personas capaces, en definitiva, podían ser incompetentes; y numerosas personas competentes podían ser incapaces.

de forma racional basándose en consideraciones relevantes que incluyen creencias y valores sistematizados. Son incompetentes para esta categoría los pacientes indecisos o ambivalentes, los que tienen creencias erróneas sobre la realidad, las personas con mecanismos de defensa neuróticos, los pacientes hipomaniacos y los deprimidos leves y todos los recogidos en las categorías 1 y 2. Serán competentes los adultos, los enfermos reflexivos y autocríticos y las personas con mecanismos de defensa maduros, que podrán consentir tratamientos ineficaces y rechazar tratamientos eficaces.

51 No puedo dejar de recordar un caso en el cual una madre pidió al Poder Judicial que obligue a su hija de 19 años a trasplantarse (cuando aún la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años), en un intento desesperado para salvarle la vida, ante la negativa justificada de la “menor”, quien padecía cáncer y ya había soportado numerosas intervenciones quirúrgicas (caso divulgado por el Diario La Capital, de Rosario, en su edición del 23 de septiembre de 2003).

52 El art. 2 inc. E de la Ley 26.529 establece “Los niños, niñas 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”.

Con el actual CCC ha variado la situación, porque la regulación de la capacidad de ejercicio es mucho más flexible, y permite restringir la capacidad de las personas sólo en aquello que sea necesario. Sin embargo, siguen planteándose dudas en el plano de los derechos del paciente, que se superarían si se incorporara al bioderecho, en toda su extensión, el concepto bioético de autonomía y de competencia, evitándose las referencias a la “capacidad”.

En relación con este tema, debe recordarse que la Ley 26.657 (de salud mental) establece en su art. 10: “Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley. Las personas con discapacidad tienen derecho a recibir la información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión”. Obsérvese que la ley consagra el consentimiento informado para ser ejercido en forma directa por el paciente, y no por su “representante”.

Estimo que la posición asumida por la ley de salud mental es más acertada que la ley sobre derechos de los pacientes, pues en este caso no se confunde la capacidad con la competencia, y se consagra el proceso de consentimiento informado para los pacientes con padecimientos mentales, siempre a la medida de sus posibilidades.

Culmina el citado art. 9 de la ley de los derechos de los pacientes determinando que las excepciones deberán ser acreditadas de conformidad a la reglamentación pertinente, así como el carácter restrictivo con que deben interpretarse las mismas.

Por su parte, el decreto reglamentario, al referirse al citado art. 9, determina:

Constituyen excepciones a la regla general de que el consentimiento debe ser dado por el paciente, a las prescriptas en los artículos 4°, 6° y 9° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, que se reglamentan.

El grave peligro para la Salud Pública al que se refiere el inciso a) del artículo 9° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, deberá estar 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 a la imposición de

algunos tratamientos o diagnósticos coactivamente, conforme a las legislaciones vigentes.

Asimismo, 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 vida del paciente, que refiere el inciso b) del artículo 9°, cuando no puedan dar su consentimiento el paciente, sus representantes legales o las personas autorizadas por la ley y esta reglamentación. 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 en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la ley conforme se reglamenta, en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia. A tales efectos entiéndese por representante legal aquel que surja de una definición legal y/o designación judicial.

Las excepciones deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo.

Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.

Volviendo al art. 6 de la Ley 26.529 –reformado por la Ley 26.742- es acertada la mención a la garantía de intervención del propio paciente a lo largo del proceso sanitario, en la medida de sus posibilidades. Ello es coherente con las disposiciones de la de salud mental y del bloque normativo constitucional, así como con el respeto que la dignidad y la autonomía del sujeto merecen.

El artículo 21 de la Ley 24.193 (reformado por la Ley 26.066), al que hace referencia la comentada norma, establece:

En caso de muerte natural, y no existiendo manifestación expresa del difunto, deberá requerirse de las siguientes personas, en el orden en que se las enumera siempre que estuviesen en pleno uso de sus

facultades mentales, testimonio sobre la última voluntad del causante, respecto a la ablación de sus órganos y/o a la finalidad de la misma.

- 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 TRES (3) años, en forma continua e ininterrumpida;
- b) Cualquiera de los hijos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- c) Cualquiera de los padres;
- d) Cualquiera de los hermanos mayores de DIECIOCHO (18) años;
- e) Cualquiera de los nietos mayores de DIECIOCHO (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;
- i) El representante legal, tutor o curador;

Conforme la enumeración establecida precedentemente y respetando el orden que allí se establece, las personas que testimonien o den cuenta de la última voluntad del causante que se encuentren en orden más próximo excluyen el testimonio de las que se encuentren en un orden inferior. En caso de resultar contradicciones en los testimonios de las personas que se encuentren en el mismo orden, se estará a lo establecido en el artículo 19 bis.

La relación con el causante y el testimonio de su última voluntad, serán acreditados, a falta de otra prueba, mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompa-

ñarse dentro de las CUARENTA Y OCHO (48) horas la documentación respectiva, cuando correspondiere.

Dicho lo anterior, es claro que el nuevo art. 6 de la Ley 26.529 incorpora el concepto de “competencia” (cuando se refiere al supuesto de “imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico”, más allá de la capacidad del sujeto), aunque sin suplantar al de “incapacidad”, pues menciona a ambos. Si bien es plausible que se tengan en cuenta los supuestos de incompetencia y que se plantee la legitimación de los sujetos contemplados en el art. 21 de la Ley 24.193 para brindar el consentimiento informado en lugar del paciente, el mantenimiento de la incapacidad como sustento del accionar de los representantes legales puede generar conflictos.

En efecto, el primer problema puede surgir debido a que en el art. 5 (aún luego de su reforma) sólo aparecen los representantes legales para brindar el consentimiento por el paciente, mientras que en el artículo siguiente se incorporan los sujetos mencionados en el art. 21 de la Ley 24.193, omitidos en la definición misma de “consentimiento informado” que hace la ley. Por otro lado, en los casos de incapacidad e incompetencia a la vez (muy frecuentes) podrían pretender brindar el consentimiento tanto los representantes (avalados desde el art. 5 de la ley) como los referidos en el citado art. 21 (avalados por el art. 6). O una de las personas mencionadas en el art. 21 podría pretender prioridad si a la vez es representante, aunque esté en un rango inferior a otro de los previstos en dicho artículo.

Por otra parte, debió proponerse también la reforma del art. 9 inc. b) de la Ley 26.529, para compatibilizarlo con la disposición comentada, pues allí se plantea la falta de necesidad de consentimiento informado ante una situación de emergencia con grave peligro para la salud o vida del paciente, cuando éste no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de representante, desconociendo a los sujetos mencionados en el art. 21 de la Ley 24.193.

Las buenas intenciones de la reforma en cuanto al art. 6 de la Ley 26.529, exigen para su correcta concreción una mejor técnica legislativa y la debida compatibilización con sus restantes normas, para evitar conflictos, superposiciones de facultades de diferentes personas en el mismo caso, así como interpretaciones contrarias a sus propios propósitos. Excluir a los representantes legales del art. 5 sería lo más

razonable en ese orden de ideas. Por otro lado, como se verá en el comentario a la reforma del art. 10 de la Ley 26.529, esa parece ser la intención de la reforma.<sup>53</sup>

En definitiva, como bien lo ha expuesto Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>54</sup>, tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras, ya que no siempre es necesario el mismo grado de comprensión y argumentación.

De este modo, en el ámbito del derecho a la salud, debe respetarse la voluntad de todo sujeto competente (aunque no sea plenamente capaz), y debe evitarse la validez de la voluntad de alguien incompetente (aunque sea plenamente capaz).

Cabe tener presente, además, que en estos casos la protección del derecho a la salud y del derecho a la disposición del propio cuerpo debe ser especialmente potenciada, dada la alta vulnerabilidad de las personas con enfermedades mentales<sup>55</sup> y de los niños, y la estigmatización de la que a menudo son víctimas.<sup>56</sup>

53 De la lectura de la reforma en su totalidad (en especial, de los nuevos textos de los arts. 5, 6 y 10 de la Ley 26.529), la permanencia de los representantes legales en el art. 5 parece ser más un olvido de la Ley 26.742, que su real intención. Sin embargo, es notable que dicho supuesto olvido también se extienda al texto del art. 9 de la Ley 26.529 (cuya reforma no se planteó), que permite la excepción al consentimiento informado en una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de representante.

54 Citada Olga O. Lavalle, en “Consentimiento informado en adolescentes”, en *Jurisprudencia Argentina*, Número Especial Bioética, 01 de noviembre de 2000, p. 60.

55 Prueba de la alta vulnerabilidad de las personas con enfermedad mental y de la necesidad de extender las fronteras del ejercicio de sus derechos personalísimos más allá del concepto de “representación”, es la sentencia dictada el 22/10/1993 por el titular del Juzgado Criminal y Correccional n° 3 de Mar del Plata (en autos “Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata s. Amparo”), en la que se aceptó la legitimación activa de los profesionales de la salud responsables del tratamiento de los pacientes, para defender el derecho a la salud de éstos, debido a su falta de “autonomía” bioética y de capacidad jurídica para ejercitar la acción por sí mismos (*Jurisprudencia Argentina*, 06 de julio de 1994, con notas de Augusto M. Morello y Miguel M. Padilla).

56 Desde el análisis del Derecho Civil español (lo que no hace más que verificar que la problemática excede el ámbito local), se ha dicho que “Aunque la incapacitación

Como puede observarse mediante el mero análisis de los párrafos precedentes, en una ley que se ocupa del tratamiento de los derechos de los pacientes, hubiera sido saludable estar más pendiente del concepto de competencia que del de capacidad. Sin embargo, la Ley 26.529 hizo todo lo contrario.

En efecto, en varias oportunidades la normativa analizada opta por el camino equivocado a la hora de resolver los hipotéticos conflictos que surgen de la aplicación de sus principios.

Así, en el art. 4 se expresa que la información sanitaria sólo debe ser brindada a terceras personas con autorización del paciente, y que en el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma deberá ser brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. En esta norma están presentes, entonces, la incapacidad (y su correlato, la representación) y la incompetencia, y hubiera sido plausible que sólo este último supuesto genere la chance de brindar la información al cónyuge, conviviente o parientes. Actualmente, incluso la mención de la “incapacidad” es desacertada por defecto, ya que el nuevo CCC trocó varios supuestos de incapacidad por casos de capacidad restringida, los que generan sistemas de apoyo y no de representación. Esto último es también aplicable a los párrafos que siguen.

Por su parte, el art. 9 exceptúa la necesidad del consentimiento informado en una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales (la mención a los representantes

debería ser concebida, exclusivamente, como un mecanismo de protección de los discapacitados psíquicos, lo cierto es que en la realidad cotidiana existe una cierta tendencia a concebir a la incapacitación como un estigma, como un instrumento que en lugar de proteger al individuo al que se refiere ocasiona su marginación social” (María José Santos Morón; “La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del derecho civil”, en la obra en colaboración *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2004, p. 167).

nos lleva, inevitablemente, al concepto de incapacidad y no al de incompetencia).

A su turno, el art. 10 plantea de posibilidad de brindar y de revocar el consentimiento informado por parte del paciente y de su representante legal (aludiendo, nuevamente, a la incapacidad y no a la incompetencia).

Asimismo, el art. 11 expresa que toda persona “capaz mayor de edad”<sup>57</sup> puede disponer directivas anticipadas. La norma es criticable porque omite la consideración de la incompetencia y la confunde con la incapacidad, negando la chance de emitir directivas anticipadas a personas incapaces pero competentes, y permitiendo emitir las a sujetos capaces pero incompetentes.

Finalmente, el art. 19 sostiene que están legitimados para pedir la historia clínica, entre otros, el paciente y su representante legal; mientras que el art. 20 los legitima para iniciar un juicio de habeas data ante la negativa, demora o silencio del responsable de entrega de la historia clínica (nuevamente nos remite a la incapacidad y no a la incompetencia).

Como puede observarse, la ley debería reformarse a efectos de compatibilizar sus postulados con el nuevo CCC (arts. 23, 24, 31, 32, 43 y ccs.), y de plasmar en cada caso el concepto de competencia en lugar del de capacidad.

## **6.4 Derecho comparado de América del Sur**

### **6.4.1 Chile:**

Ley 20.584: Artículo 14: Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 16.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante

<sup>57</sup> Esta equívoca y tautológica expresión ya apareció en la Ley 21.541 sobre trasplantes de órganos.

entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 10.

En ningún caso el rechazo a tratamientos podrá tener como objetivo la aceleración artificial de la muerte, la realización de prácticas eutanásicas o el auxilio al suicidio.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma, como el hecho de su entrega, la aceptación o el rechazo deberán constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 10. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

Artículo 21: Toda persona deberá ser informada y tendrá derecho a elegir su incorporación en cualquier tipo de investigación científica biomédica, en los términos de la Ley N°20.120. Su expresión de voluntad deberá ser previa, expresa, libre, informada, personal y constar por escrito. En ningún caso esta decisión podrá significar menoscabo en su atención ni menos sanción alguna.

Artículo 22: Mediante un reglamento expedido por el Ministerio de Salud, en los términos de la Ley N°20.120, se establecerán las normas necesarias para regular los requisitos de los protocolos de investigación y los procedimientos administrativos y normas sobre constitución, funcionamiento y financiamiento de comités para la evaluación ético-científica; para la aprobación de protocolos y para la acreditación de los comités por parte de la Autoridad Sanitaria; la declaración y efectos sobre conflictos de interés de investigadores, autoridades y miembros de comités y, en general, las demás normas necesarias para la adecuada protección de los derechos de las personas respecto de la investigación científica biomédica.

Artículo 27: Sin perjuicio del derecho de la persona con discapacidad psíquica o intelectual a otorgar su autorización o denegarla para

ser sometida a tratamientos, excepcionalmente y sólo cuando su estado lo impida, podrá ser tratada involuntariamente siempre que:

a. Esté certificado por un médico psiquiatra que la persona padece una enfermedad o trastorno mental grave, suponiendo su estado un riesgo real e inminente de daño a sí mismo o a terceros, y que suspender o no tener tratamiento significa un empeoramiento de su condición de salud. En todo caso, este tratamiento no se deberá aplicar más allá del período estrictamente necesario a tal propósito;

b. El tratamiento responda a un plan prescrito individualmente, que atienda las necesidades de salud de la persona, esté indicado por un médico psiquiatra y sea la alternativa terapéutica menos restrictiva de entre las disponibles;

c. Se tenga en cuenta, siempre que ello sea posible, la opinión de la misma persona; se revise el plan periódicamente y se modifique en caso de ser necesario, y

d. Se registre en la ficha clínica de la persona.

Artículo 28: Ninguna persona con discapacidad psíquica o intelectual que no pueda expresar su voluntad podrá participar en una investigación científica.

En los casos en que se realice investigación científica con participación de personas con discapacidad psíquica o intelectual que tengan la capacidad de manifestar su voluntad y que hayan dado consentimiento informado, además de la evaluación ético científica que corresponda, será necesaria la autorización de la Autoridad Sanitaria competente, además de la manifestación de voluntad expresa de participar tanto de parte del paciente como de su representante legal.

En contra de las actuaciones de los prestadores y la Autoridad Sanitaria en relación a investigación científica, podrá presentarse un reclamo a la Comisión Regional indicada en el artículo siguiente que corresponda, a fin de que ésta revise los procedimientos en cuestión.

#### 6.4.2 Ecuador:

Ley 77: Artículo 5: DERECHO A LA INFORMACIÓN.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúanse las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho a que el centro de salud le informe quién es el médico responsable de su tratamiento.

Artículo 6: DERECHO A DECIDIR. Todo paciente tiene derecho a elegir si acepta o declina el tratamiento médico. En ambas circunstancias el centro de salud deberá informarle sobre las consecuencias de su decisión.

#### 6.4.3 Colombia:

Ley Estatutaria 1751: Artículo 10: Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...) d. A obtener una información clara, apropiada y suficiente por parte del profesional de la salud tratante que le permita tomar decisiones libres, conscientes e informadas respecto de los procedimientos que le vayan a practicar y riesgos de los mismos. Ninguna persona podrá ser obligada, contra su voluntad, a recibir tratamiento de salud;

(...) n. A que se le respete la voluntad de aceptación o negación de la donación de sus órganos de conformidad con la ley; (...).

#### 6.4.4 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 5: Es usuario de un servicio de salud toda persona física que adquiera el derecho a utilizar bienes o servicios de salud.

Se entiende por paciente a toda persona que recibe atención de la salud, o en su defecto sus familiares, cuando su presencia y actos se vinculen a la atención de aquélla.

En los casos de incapacidad o de manifiesta imposibilidad de ejercer sus derechos y de asumir sus obligaciones, le representará su cónyuge o concubino, el pariente más próximo o su representante legal.

Artículo 11: Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud. El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Éste puede ser revocado en cualquier momento.

El paciente tiene derecho a negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia, o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo requerido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica.

En la atención de enfermos siquiátricos se aplicarán los criterios dispuestos en la Ley N° 9.581, de 8 de agosto de 1936, y las reglamentaciones que en materia de atención a la salud mental dicte el Ministerio de Salud Pública.

#### 6.4.5 Bolivia:

Ley 3131: Artículo 12. (Deberes del Médico). Son deberes del profesional médico: (...) d) Respetar el consentimiento expreso del paciente, cuando rechace el tratamiento u hospitalización que se le hubiere indicado. (...) g) Brindar atención cuando una persona se encuentre

en peligro inminente de muerte aún sin el consentimiento expreso.  
(...) i) Informar al paciente, o responsables legales, con anterioridad a su intervención, sobre los riesgos que pueda implicar el acto médico.  
(...)

Artículo 13: (Derechos del Paciente). Todo paciente tiene derecho a: (...) e) Recibir información adecuada y oportuna para tomar decisiones libre y voluntariamente (...).

#### 6.4.6 Brasil:

Carta de los derechos de los usuarios de la salud (Ley Portaria nº 1.820/2009): Artículo 5: Toda persona debe ser respetada respecto de sus valores, cultura y derechos relacionados con los servicios de salud, garantizándose: (...)

V. el consentimiento libre, voluntario y esclarecido a cualquier procedimiento diagnóstico, preventivo o terapéutico, salvo en los casos que acarreen riesgo para la salud pública, considerando que el consentimiento otorgado puede ser revocado en cualquier momento por decisión libre y esclarecida, sin que sean imputadas a la persona sanciones morales, financieras o legales;

VI. la no sumisión a ningún examen de salud pre-admisional sin consentimiento, excepto los casos de riesgo colectivo;

VII. la indicación, de su libre elección, a quién confiará la toma de decisiones para la eventualidad de que no pueda ejercer su autonomía; (...)

X. la no participación en investigación que involucre, o no, tratamiento experimental sin que haya garantías claras de su libertad de escoger y en caso de rechazo a participar o continuar en la investigación, no podrá sufrir limitaciones, sanciones o sanciones por los servicios de salud, siendo necesario, para ello:

K. que el dirigente del servicio tenga en cuenta los aspectos éticos de la investigación y establezca mecanismos para garantizar la decisión libre y esclarecida de la persona;

L. que el investigador garantice, acompañe y mantenga la integridad de la salud de los participantes de su investigación, asegurándoles los beneficios de los resultados encontrados;

M. que la persona firme el término de consentimiento libre y esclarecido (...).

## 6.5 Jurisprudencia

FALLO DE LA CÁMARA DE APELACIONES CIVIL Y COMERCIAL DE LA PLATA, SALA 2; ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: “(...) Cuando el médico actúa sin obtener debidamente la voluntad previamente informada del paciente, asume unilateralmente los riesgos propios de su intervención al no haberse desarrollado adecuadamente la información. Por ende, la carga de la prueba de la preexistencia del consentimiento informado corresponde al médico” (Cám. Ap. Civ. y Ccial de La Plata, Sala 2; “O’K., C. M. c/ Hospital Prof. Dr. Adolfo Rossi s/ Daños y Perjuicios”, 24/09/2003).

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA F, ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: “(...) Normalmente, la responsabilidad de un médico por los daños sufridos por un paciente se basa en el fracaso del profesional en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos. En cambio, bajo la doctrina del consentimiento informado, se puede llegar a cuestionar al médico en circunstancias en las cuales se halle libre de negligencia en el tratamiento del paciente, pero actuando sin su consentimiento, más allá del dado o sin haberlo informado acerca de los riesgos de un tratamiento en particular, de tal manera que éste

podiera decidir si quería, o no, someterse al mismo. Por cuanto es el paciente quien debe sufrir las consecuencias y gastos de un tratamiento médico determinado, un principio de esclarecimiento resulta fundamental, a efectos de que aquél pueda conocer cuáles son los riesgos que encierra el tratamiento propuesto, cuáles son las alternativas posibles, y cuántas y cuáles las posibilidades relativas al éxito” (Cám. Nac. Civ Sala F, 05-02-98, “M. A. c. F., E.).

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA M, ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: “(...) Se responde por las consecuencias dañosas aunque no haya habido mal arte en la práctica médica en cuestión, si de haber sido adecuadamente informado de todos los peligros significativos, una persona prudente y razonable puesta en lugar del paciente, hubiera decidido rechazar la práctica médica, haciendo una opción que hace a sus derechos personalísimos” (Cám. Nac. Civil, Sala M, 16-09-02, B. de K., S., G. H. c. G., J. A. y otros; JA-2003-I-60).

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL COMERCIAL ACERCA DE LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: “(...) Si una práctica médica es riesgosa, el paciente debe ser informado de ese riesgo, de modo de prestar su necesario consentimiento informado, con la realización de tal estudio, por derivación de lo anterior, el incumplimiento de esa obligación de informar, genera la responsabilidad civil del prestador que incurrió en esa omisión (art. 512 CC)” (Cám. Nac. Com., Sala D, 02-06-04, de A., M. c. Policlínico Central de la Unión Obrera Metalúrgica; F.R.C. y S.).

**ARTÍCULO 7. Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:**

**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 artículo 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes del acto. (Inciso incorporado por art. 4 de la Ley Nº 26.742 B.O. 24/5/2012)**

## **7.1 Concordancias con el CCC:**

Arts. 58 inc. f), 59 y ccs.

## **7.2 Comentario**

El art. 7 de la ley de los derechos del paciente expresa que el consentimiento será en principio verbal, salvo excepciones en las que será escrito y debidamente suscrito (casos de internación, intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos riesgosos según la reglamentación, y revocación del consentimiento). En efecto, del texto legal se desprende que el consentimiento informado, en principio, no requiere de forma escrita, y plantea una serie de excepciones. Una de ellas debe ser “completada” por la reglamentación, encargada de determinar cuáles procedimientos implican riesgos y cuáles no. Teniéndose en cuenta que todo procedimiento médico implica algún riesgo, la reglamentación cobra importancia.

Cabe acotar que la Ley 26.742 incorporó el inc. f) como otra de las excepciones al principio general establecido en el artículo en análisis. Es claro que la envergadura del contenido del inciso g) del art. 5 (agregado por la Ley 26.742, y ya comentado) justifica el recaudo de

la escritura para facilitar la prueba de que la información se ha brindado. De este modo, además, los profesionales intervinientes contarían con una herramienta probatoria muy útil para lograr su tranquilidad en un supuesto muy conflictivo.

Por su parte, el decreto reglamentario expresa, en el art. 7 de su Anexo:

Entiéndase que el consentimiento informado se materializa obligatoriamente por escrito en los casos contemplados en el artículo 7° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742. 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.

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.

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 en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, y esta reglamentación, debe ser suscripto por el profesional tratante y agregarse a la Historia Clínica. Esta obligación comprende también el acta prevista en el inciso g) del artículo 5° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742.

Consideráanse dentro del inciso d) del artículo 7° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, a la investigación de métodos preventivos y terapéuticos con seres humanos.

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 su 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 (2) testigos.

**ARTÍCULO 8. Exposición con fines académicos. Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.**

### **8.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 2, 4, 5, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 6, 7, 12, Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 11, 13, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 16, 17, 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5, 12 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **8.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 24, 26, 31, 32, 38, 43, 53, 59 y ccs.

### 8.3 Comentario

Conforme lo determina el art. 8 de la Ley 26.529, se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente, ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición. Complementariamente, la reglamentación expresa, en el art. 8 de su Anexo:

Se requerirá el consentimiento previo del paciente o el de sus representantes legales en las exposiciones con fines académicos en las que se puede, real o potencialmente, identificar al paciente, cualquiera sea su soporte.

En aquellos establecimientos asistenciales donde se practique la docencia en cualquiera de sus formas, deberán arbitrarse los mecanismos para que el consentimiento informado a fin de la exposición con fines académicos sea otorgado al momento del ingreso del paciente al establecimiento asistencial.

No se requerirá autorización cuando el material objeto de exposición académica sea meramente estadístico, o utilizado con fines epidemiológicos y no permite identificar la persona del paciente. A tales fines se requerirá la rúbrica del profesional tratante asumiendo la responsabilidad por la divulgación y el carácter de la información.

Se reconoce el derecho de la población a conocer los problemas sanitarios de la colectividad, en términos epidemiológicos y estadísticos, cuando impliquen un riesgo para la salud pública y a que esa información se divulgue, con los mecanismos que preserven la confidencialidad e intimidad de las personas.

Cuando procedan criterios más restrictivos debe estarse a los marcos legales específicos.

Estas disposiciones guardan estrecha relación con el derecho a la confidencialidad (ya analizado) y a la intimidad de las personas.

Una vez más las normas hacen sólo referencia al paciente o sus representantes legales; omitiendo toda mención de los sistemas de

apoyos o a las demás personas enumeradas en otras normas para los casos de incompetencia. Es claro que es necesaria una reforma que sistematice este tema a lo largo de toda la ley y de la reglamentación, para compatibilizarla con el nuevo CCC, a la ley de salud mental y a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378).

## **8.4 Derecho comparado de América del Sur**

### 8.4.1 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 17: Todo paciente tiene derecho a un trato respetuoso y digno. Este derecho incluye, entre otros, a: (...) E) Negarse a que su patología se utilice con fines docentes cuando esto conlleve pérdida en su intimidad, molestias físicas, acentuación del dolor o reiteración de procedimientos. En todas las situaciones en que se requiera un paciente con fines docentes tendrá que existir consentimiento. Esta autorización podrá ser retirada en cualquier momento, sin expresión de causa. (...).

### 8.4.2 Bolivia:

Ley 3131: Artículo 13: (Derechos del Paciente). Todo paciente tiene derecho a: (...) l) Negarse a participar en investigaciones o enseñanza de la medicina, salvo en situaciones que la Ley establece (...).

**ARTÍCULO 9. Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:**

**a. Cuando mediar grave peligro para la salud pública;**

**b. Cuando mediar una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera**

**dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.**

**Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.**

### **9.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 11, 28 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 5, 12 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **9.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 24, 26, 31, 32, 38, 43, 58, 59 y ccs.

### **9.3 Comentario**

Ver comentario al art. 6.

### **9.4 Derecho comparado de América del Sur**

#### **9.4.1 Chile:**

Ley 20.584: Artículo 15: No obstante lo establecido en el artículo anterior, no se requerirá la manifestación de voluntad en las siguientes situaciones:

- a. En el caso de que la falta de aplicación de los procedimientos, tratamientos o intervenciones señalados en el artículo anterior supongan un riesgo para la salud pública, de conformidad con

lo dispuesto en la ley, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha clínica de la persona.

b. En aquellos casos en que la condición de salud o cuadro clínico de la persona implique riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata e impostergable y el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre, según corresponda.

c. Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido. En estos casos se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de la vida.

Artículo 24: Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de esta ley, si la persona no se encuentra en condiciones de manifestar su voluntad, las indicaciones y aplicación de tratamientos invasivos e irreversibles, tales como esterilización con fines contraceptivos, psicocirugía u otro de carácter irreversible, deberán contar siempre con el informe favorable del comité de ética del establecimiento.

#### 9.4.2 Ecuador:

Ley 77: Artículo 5: DERECHO A LA INFORMACIÓN.- Se reconoce el derecho de todo paciente a que, antes y en las diversas etapas de atención al paciente, reciba del centro de salud a través de sus miembros responsables, la información concerniente al diagnóstico de su estado de salud, al pronóstico, al tratamiento, a los riesgos a los que médicamente está expuesto, a la duración probable de incapacitación y a las alternativas para el cuidado y tratamientos existentes, en términos que el paciente pueda razonablemente entender y estar habilitado para tomar una decisión sobre el procedimiento a seguirse. Exceptúanse las situaciones de emergencia. El paciente tiene derecho

a que el centro de salud le informe quién es el médico responsable de su tratamiento.

Artículo 7: SITUACIÓN DE EMERGENCIA.- Es toda contingencia de gravedad que afecte a la salud del ser humano con inminente peligro para la conservación de la vida o de la integridad física de la persona, como consecuencia de circunstancias imprevistas e inevitables, tales como: choque o colisión, volcamiento u otra forma de accidente de tránsito terrestre, aéreo o acuático, accidentes o infortunios en general, como los ocurridos en el medio de trabajo, centros educativos, casa, habitación, escenarios deportivos, o que sean el efecto de delitos contra las personas como los que producen heridas causadas con armas cortopunzantes, de fuego, contundentes, o cualquiera otra forma de agresión material.

#### 9.4.3 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 16: Todo paciente tiene el derecho a disponer de su cuerpo con fines diagnósticos y terapéuticos con excepción de las situaciones de emergencia imprevista, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Nº 14.005, del 17 de agosto de 1971, y sus modificativas.

### 9.5 Jurisprudencia

FALLO DE LA CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE SAN MARTÍN, SALA I, RELATIVO A LAS EXCEPCIONES AL CONSENTIMIENTO INFORMADO: “(...) Si no se probó ninguna causa que determinara la intervención médica sin consentimiento ni del paciente ni del familiar, y tampoco se probó que el paciente estaba alcoholizado, no se daban los extremos de gravedad y urgencia para la vida o la salud que justificara obrar contra la voluntad del paciente y prescindir del consentimiento del familiar” (Cám. Civ. Com. San Martín, Sala I, 29-09-94 “L. de R., R. E. c. O., R. y Otro”).

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA A, ACERCA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LAS INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS MUTILANTES: “(...) Las

intervenciones quirúrgicas mutilantes, de cualquier índole, requieren expresa conformidad por escrito del enfermo, salvo estados de inconsciencia o alienación, o cuando la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En consecuencia y configurado un supuesto de esta índole, no bastaría ciertamente con aquellas afirmaciones en contrario de los involucrados en el hecho para tener por satisfecha la obligación legal, sino que, además, es indispensable la conformidad escrita del enfermo o, en todo caso, la prueba acabada de haber intentado todos los recursos conservadores del órgano o parte anatómica afectada, todo lo cual debe constar en la historia clínica respectiva” (CNCiv, Sala A, 27-11-95, “Sánchez de Villarroel c. Municipalidad de Bs. As.).

**ARTÍCULO 10. Revocabilidad. 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 artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

(Artículo sustituido por art. 5 de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

### **10.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 2, 5, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 3, 6, 7, 12, Declara-

ción Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 11, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 2, 16, 17, 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5, 12 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

## **10.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 24, 26, 31, 32, 38, 43, 55, 56, 58, 59 y ccs.

## **10.3 Comentario**

Esta norma -acertadamente, e iluminada por el derecho personalísimo a la disposición del propio cuerpo- determina la revocabilidad del consentimiento.

Este artículo fue -como se expresó anteriormente- reformado por la Ley 26.742, a efectos de compatibilizarlo con el nuevo art. 6, pues en la nueva redacción se omiten las referencias que hacía la norma originaria a las facultades del representante legal (de indudable relación con la idea de incapacidad), y se incluyen las potestades de los sujetos mencionados en el art. 21 de la Ley 24.193 (en franca alusión a la idea de incompetencia).

En efecto, el texto del art. 10 de la Ley 26.529, antes de ser reformado, expresaba:

La decisión del paciente o de su representante legal, 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 misma implica. En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La de-

cisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.

Con respecto a la intervención del paciente en el proceso sanitario, me remito a lo ya expresado en el comentario del art. 6 de la Ley 26.529.

En cuanto a la revocabilidad de su anterior decisión por parte de las personas referidas en el art. 21 de la Ley 24.193, se trata de un agregado necesario para compatibilizar las diferentes normas reformadas. Es evidente, de acuerdo a la letra de los nuevos textos legales, que sólo quien tomó la decisión puede revocarla, y no otro de los sujetos contemplados en el art. 21 (aunque esté en un rango superior en el enunciado de dicho artículo).

Como puede observarse, se excluye del art. 10 la posibilidad de revocación en el caso de una decisión tomada por un representante legal. Ello sólo se justificaría si también se hubiera excluido a los representantes legales para brindar el consentimiento informado (lo cual no es así, como puede verificarse en los comentarios a los arts. 5 y 6 de la Ley 26.529; y en la omisión de actitud reformista respecto del art. 9). De este modo, la decisión tomada por un representante legal sería irrevocable, lo que constituye un verdadero absurdo jurídico (que seguramente la jurisprudencia no permitiría). Se impone, entonces, modificar el art. 5 de la Ley 26.529, excluyendo a los representantes legales de los sujetos capaces de brindar el consentimiento informado por sus representados. De este modo, dicho absurdo jurídico no se concretaría, y se evitarían los posibles conflictos reseñados en el comentario del art. 6 de la ley.

El decreto reglamentario, en el art. 10 de su Anexo, determina:

“La decisión del paciente o, en su caso, de sus familiares o representantes o personas habilitadas, bajo el mismo orden y modalidades que el previsto en el segundo párrafo de los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 y esta reglamentación, relativas a las cuestiones previstas en el artículo 10, deberán ser plasmadas en la historia clínica por escrito, con la rúbrica respectiva.

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 (2) 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.

**ARTÍCULO 11. Directivas anticipadas.** 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 deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.

(Artículo sustituido por art. 6 de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)

### **11.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 5, 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 12, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5, 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales; art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### **11.2 Concordancias con el CCC:**

Arts. 60 y ccs.

### **11.3 Comentario**

La ley rompe con la tradición paternalista largamente arraigada en el ámbito de la salud, respetando el derecho a la disposición del propio cuerpo de las personas, incluso mediante las directivas anticipadas.

Ello es un claro corolario de la revolución bioética que supuso izar la bandera de la autonomía del paciente, en un medio acostumbrado al modelo médico hegemónico, y que en la actualidad también tiene recepción en el CCC (art. 60).

De todos modos, las directivas anticipadas (que podrían ser vistas como “consentimientos informados anticipados”<sup>58</sup>) estaban avaladas legalmente por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, además de ser coherentes con el art. 19 inc. 3 de la Ley 17.132 de ejercicio de la medicina, que obliga a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse.<sup>59</sup> Por ello, aún con anterioridad a la Ley 26.529, los documentos de voluntad anticipada no debían ser invalidados o desconocidos, respetándose el derecho a la intimidad de las personas, y a la disposición de su propio cuerpo.

58 “La diferencia entre el consentimiento informado y las directivas anticipadas radica en que, en el primero, es necesario que quien lo preste sea un paciente ya que precisamente se presta en condición de tal y previa a la internación o acto médico al que va a ser sometido; en cambio, en las segundas, quien las otorga puede estar en perfecto estado de salud y hacerlo única y exclusivamente en previsión de que en un futuro, más o menos lejano, pueda encontrarse en una situación de no poder hacerlo por sí mismo” (Edgardo Saux, Luis D. Crovi; op. cit., p. 138).

59 Claudia Vivian Rocca; “El principio de Autonomía”, en Revista de la Sociedad de Ética en Medicina, Año 2004, nº 10, p. 17; Jorge Luis Manzini y Horacio Salvador, “La autonomía del paciente y el consentimiento informado”, en Revista Quirón, 1993, pp. 46 y 47.

Las directivas anticipadas, también conocidas como “testamentos vitales”, han sido definidas como “la expresión formal de voluntad hecha por una persona jurídicamente capaz y bioéticamente competente, por la que deja expuestas sus decisiones y directivas sobre el comportamiento médico que eventualmente ha de observarse para con ella en el caso de encontrarse en circunstancias tales que, por sus condiciones psicofísicas, no pueda manifestarse válidamente al respecto”.<sup>60</sup>También se han conceptualizado como

la expresión cierta de un derecho con operatividad eventual aunque irrevocable, que permite la sustentabilidad de una decisión personalísima respecto de cuestiones vinculadas a la salud o la propia vida, frente a una situación futura donde se tornaría imposible expresar la voluntad, es una exteriorización cruda de la voluntad donde los elementos propios de los actos jurídicos se manifiestan de manera previa a la realización del acto. Tal decisión, a priori, en definitiva, se constituye en un acto jurídico unilateral en su esencia, pero que debe complementarse con la participación de un profesional de la salud que cumple con la directiva final del paciente, quien será anoticiado de la existencia de la directiva a través de medios idóneos instrumentados por la propia normativa vigente o por intermedio de un tercero habilitado por el paciente, quien informará sobre la directiva.

<sup>61</sup>

En una visión algo más acotada, se han conceptualizado a los “testamentos vitales” como los “documentos que estipulan que algunos procedimientos médicos especificados no deberían ser usados para mantener al firmante vivo en ciertas circunstancias determinadas”.<sup>62</sup>Resulta oportuno recordar que, vistas las directivas

<sup>60</sup> Luis Enrique Abbiati; Roberto Mariano Buenanueva; María Emilia Naman y Pedro Javier Urquiza; “Algunas consideraciones sobre las Declaraciones de Voluntad Vital”; en *Jurisprudencia Argentina* XI, número especial de Bioética, 28/10/2009, p. 4.

<sup>61</sup> Jorge Carlos Berbere Delgado; “Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación”, en *Jurisprudencia Argentina* 2015-II, p. 37.

<sup>62</sup> Ronald Dworkin; citado por Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández; en “El denominado ‘testamento vital’ y el derecho a morir dignamente”,

anticipadas ampliamente, se aplican no sólo a los testamentos vitales sino también a las designaciones de representantes para el cuidado de la salud.

La designación de un representante para el cuidado de la salud, también llamada ‘poder a futuro’, significa que una persona particular es asignada para tomar decisiones si y cuando una persona pierde su poder en la toma de sus propias decisiones. Se considera que el testamento vital y el representante para el cuidado de la salud (...) deberían armonizarse y complementarse el uno al otro. Lo que una persona elegiría para sí es la regla de oro en la toma de decisiones médicas. Las decisiones libres e informadas de la persona respecto a recibir un tratamiento o no se expresan en el testamento vital. El representante para el cuidado de la salud designado tiene el deber de elegir por el paciente cuando éste pierde su poder de toma de decisiones. Lo que elija el representante que toma la decisión debería ser lo que la persona desearía si fuese competente. El representante debería conocer ésto, de haberse comunicado con la persona. El testamento vital de una persona proporcionará también alguna dirección. Sin un testamento vital el representante que toma la decisión tiene que fiarse de conversaciones específicas sobre tratamientos médicos o de un conocimiento general de los deseos de la persona.<sup>63</sup>

Las directivas anticipadas son un acto jurídico, si las analizamos desde la ciencia del derecho, y como tal han sido caracterizadas como un acto personalísimo, extrapatrimonial, de voluntad predispuesta, unilateral, inter vivos, simple, formal y revocable.<sup>64</sup>

Es claro que este tema se relaciona directamente con el respeto por las personas, traducido como “principio de autonomía” en el plano

Jurisprudencia Argentina Número Especial Bioética, 2004-IV, p. 21.

63 Lily R. Flah, “Directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, 15 de septiembre de 2015, pp. 3 y 4; quien cita a J. Drane, “Aprendiendo a mirar hacia la muerte. Un rol para los ‘testamentos vitales’ y las subrogaciones por representantes”, *Jurisprudencia Argentina*, número especial Bioética, Lexis Nexis, 2007-IV, p. 8.

64 Luis Enrique Abbiati; “Directivas Anticipadas y Acto Jurídico”, en *Revista Jurídica*, Año 4, Nº 4, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009, pp. 493 a 510.

bioético, el cual constituye -junto con los principios de justicia y beneficencia- el tríptico de pilares de la bioética.

El origen y desarrollo mayor de estas directivas sucedió en EEUU. En efecto, ya en 1967 fueron diseñados documentos para que los ciudadanos pudieran indicar su deseo de no recibir determinados tratamientos en caso de enfermedad terminal; y en 1976 –en California- se legalizó por primera vez (en la llamada “ley de muerte natural”) a los documentos de voluntades anticipadas.<sup>65</sup>

Más de 40 años después de aquel origen, afloraron las directivas anticipadas en la legislación de nuestro país.

Como bien se ha expresado,

Las directivas anticipadas sobre la salud se sostienen en la dogmática constitucional, con el soporte argumental que surge del art. 19 de nuestra Carta Magna y de los tratados internacionales, subsumiéndose en la esfera de derechos reservados que despliega el individuo dentro del ejercicio del derecho a la privacidad e intimidad, sustentado en el artículo mencionado de la Constitución Nacional, delimitando el ámbito de protección jurídica en una vinculación directa con la libertad individual en un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y datos que, conforme a las formas de vida acogidas por la sociedad, están reservadas al individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por extraños implica peligro real o potencial para la misma intimidad.<sup>66</sup>

La inclusión de este tema en la Ley 26.529 implica una verdadera innovación legislativa a nivel nacional (antes contó con desarrollo doctrinario y jurisprudencial), y ha sido receptaba con agrado por la doctrina ni bien fue sancionada, al menos en líneas generales.<sup>67</sup>

El art. 11 de la ley –en su versión original, parcialmente reformada luego- expresaba:

65 Omar F. Hiruela e Hiruela de Fernández, María del P.; op. cit., p. 21.

66 Jorge Carlos Berbere Delgado; op. cit., p. 39.

67 Ver, por ejemplo, Adriel J. Roitman y Marisa Aizenberg; op. cit, pp. 2 y 3.

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 deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La primera acotación que surge se refiere a los requisitos subjetivos de quien puede disponer sus directivas anticipadas. La ley establece que la persona debe ser “capaz mayor de edad” (lo cual es tautológico, debió decir –en todo caso- sólo “capaz”). Cabe recordar –una vez más- la diferencia conceptual entre el concepto de “capacidad” para el derecho, y el de “competencia” para la bioética.<sup>68</sup> La capacidad implica la aptitud legal para ser titular de derechos y de contraer obligaciones (de derecho), y la posibilidad de ejercerlos por sí (de hecho, o de ejercicio). Por su parte, la competencia supone una aptitud natural para comprender el significado de la información recibida, de las acciones tomadas y de sus consecuencias, en un contexto determinado. En este último caso, no importa la categoría jurídica del sujeto (es dable tener en cuenta que, desde lo jurídico, el principio es la capacidad y su restricción o la incapacidad deben estar expresamente establecidas por una sentencia judicial fundada en la ley), sino la posibilidad de entendimiento del mismo en un momento determinado. En definitiva, la competencia se emparenta con el discernimiento, y si bien éste también se relaciona con la capacidad de ejercicio, es claro que un incapaz de ejercicio, a pesar de tener discernimiento en determinado momento, sigue siendo incapaz; y la situación varía en el caso de la competencia, pues ésta depende exclusivamente de la posibilidad de comprensión del sujeto en el momento analizado, independientemente de cualquier preconcepto o categoría jurídica.

Además, y en lo referente al mecanismo de formación de la voluntad del predisponente, aunque la norma no lo mencione, en virtud

68 La importancia del concepto de “competencia” en el marco bioético, y más específicamente dentro del consentimiento informado (lo cual es trasladable al de las directivas anticipadas) fue subrayado por Jorge Luis Manzini y Horacio Salvador, op. cit., pp. 40 a 47.

de los principios rectores expresados en otros artículos de la ley<sup>69</sup>, es evidente que la validez de aquella voluntad requiere de la suficiente información previa, recibida por el autor de las directivas de acuerdo a los recaudos propios del consentimiento informado.

Por otra parte, tratándose las directivas anticipadas de un acto personalísimo, no corresponde extenderlo mediante representante<sup>70</sup>, por lo cual un incapaz de ejercicio no podría –por esta sencilla razón- dictarlas; generándose entonces –en realidad- una incapacidad de derecho; lo cual está vedado porque no está previsto expresamente en la legislación (y las incapacidades de derecho deben tener expreso origen legal), y además es impropia la existencia de una incapacidad de derecho en los casos de actos personalísimos como los analizados.<sup>71</sup>

Así las cosas, es claro que hubiera sido plausible, en el artículo analizado, establecer como recaudo la competencia del sujeto y no la capacidad, pues de este modo una persona competente podría dictar sus directivas anticipadas aún siendo incapaz.<sup>72</sup> Es oportuno aclarar

69 Arts. 5, 6 y ccs. de la Ley 26.529.

70 Si bien el carácter personalísimo del acto impide el otorgamiento de facultades a un tercero para que tome decisiones acerca de la salud del interesado, ello no implica que no pueda designar un albacea para que en el momento de la aplicación de las directivas anticipadas vigile su cumplimiento. Ello, incluso, es conveniente para otorgar eficacia al acto, y fue admitido jurisprudencialmente (Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005, La Ley 2005-E, p. 452).

71 Luis Enrique Abbiati; “Directivas Anticipadas y Acto Jurídico”, en op. cit., p. 498.

72 Por la misma razón, se ha expresado: “Empero, conforme con la nueva ley, si la directiva anticipada fue otorgada por un menor de edad o un débil mental (aún insano declarado), esa directiva anticipada deberá ser “escuchada” y “tenida en cuenta” y valorada conforme con las circunstancias del caso, de acuerdo a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26.061 y la Convención Internacional de los Derechos de los Discapacitados. La nueva norma no puede ser interpretada de otra manera, pues ello importaría aceptar que fuerza lo dispuesto en las citadas disposiciones ambos tratados internacionales precedentemente citados. Quizás, simplemente hubiera sido preferible no tratar en esta ley la cuestión de la capacidad y dejarla, por consiguiente, remitida al confuso régimen de capacidad vigente en nuestro país. Este último —sin duda— amerita una revisión completa. Introducir nuevas disposiciones en un régimen oscuro, nunca lo clarifica.

que todo lo dicho al respecto tenía mayor relevancia con el anterior CC, pues el nuevo CCC reserva los casos de incapacidad sólo a aquellos supuestos en los cuales hay imposibilidad absoluta de interacción de la persona con el medio y de expresar la voluntad responsablemente, quedando todos los demás supuestos de limitación en el ejercicio de los derechos como casos de capacidad restringida (a los supuestos referidos a los menores de edad haré mención luego). Pero, de todos modos, conceptualmente, sería saludable que una ley regida por contenidos bioéticos no quede encorsetada entre categorías jurídicas (“capacidad”) cuando tiene a mano conceptos más flexibles (como el de “competencia”).

En otro orden de ideas, cabe aclarar que las directivas anticipadas “deben ser aceptadas por el médico a cargo de la práctica”. Evidentemente, el texto citado no exige tal aceptación para la validez de las directivas, sino que subraya la unilateralidad de las mismas, que no requieren otra voluntad que las del predisponente. En cuanto al profesional de la salud, podría invocar la objeción de conciencia para no cumplir con las directivas, pero considero que ello será posible sólo si en la institución en la que deba efectivizarse el tratamiento en cuestión existe otro profesional que se haga cargo del paciente y respete su voluntad. De todos modos, es claro que hubiera sido oportuno el tratamiento legal de la objeción de conciencia, para no dejar dudas acerca de su vigencia y alcance en esta temática.

Asimismo, aunque el artículo analizado no lo mencionó expresamente en su texto original (luego de reformado sí lo hace), es claro que -atento a la naturaleza personalísima de las directivas anticipadas- pueden ser revocadas en cualquier momento por su autor. Ello, además, puede inferirse analógicamente de los arts. 2 inc. e y 10 de la Ley 26.529, y ha sido el criterio rector en materia de actos relaciona-

Se impone su reordenamiento completo (Luis R. Llorens y Alicia B. Rajmil; “Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la Ley 26.529)”, en *La Ley* 2009-F, p. 392). Cabe consignar, de todos modos, que el régimen de la capacidad de ejercicio se ha modificado sustancialmente con la vigencia del nuevo CCyC, y que el comentario anterior tiene relevancia desde el aspecto histórico, mas no ya desde el derecho positivo actual.

dos con el derecho a la disposición del propio cuerpo no sólo desde el aspecto doctrinario, sino también legislativo.<sup>73</sup>

Vale aclarar que luego de la reforma de la Ley 26.742, la posición sustentada respecto de la revocabilidad de la directiva anticipada fue receptada normativamente, pues –entre otros agregados– se incorporó al final del art. 11 el siguiente texto: “(...) Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó”.

Se trata de un agregado acertado, pues la ley originaria omitió consagrarla expresamente; aunque era obvia la procedencia de tal revocabilidad, desde la óptica del respeto a la autonomía del paciente, e interpretando la cuestión desde una perspectiva integral (pues el consentimiento informado es revocable, y la directiva anticipada puede plantearse como un “consentimiento informado otorgado adelantadamente”, conferido incluso en una situación diferente a la existente al momento de su operatividad, lo que de por sí justifica aún más su revocabilidad).

Es importante señalar que la revocabilidad puede ser efectivizada sólo por quien manifestó la directiva anticipada, y no por un representante, familiar o sujeto mencionado en el art. 21 de la Ley 24.193. Ello es relevante porque son frecuentes los casos en los que un sujeto manifiesta anticipadamente su decisión de no someterse a un determinado tratamiento o práctica, y cuando se encuentra en estado de inconsciencia y requiere de dicho tratamiento o práctica según indicación médica, sus seres queridos pretenden invalidar la directiva anticipada con la intención de mejorar su estado de salud conforme a lo sugerido por la ciencia médica.

Volviendo al art. 11, el mismo aclara que se tendrán como inexistentes<sup>74</sup> las directivas anticipadas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas. Se ha expresado que esta mención sólo aporta confusión y equívocidad, porque la mera noción de las directivas anticipadas

73 Recuérdese, por ejemplo, lo dispuesto en relación a la donación de órganos en la Ley 24.193, art. 15.

74 Mejor hubiera sido considerarlas “nulas de nulidad absoluta”, pues en este caso no estamos ante una situación de inexistencia, visto ello desde la parte general del derecho civil. Por otra parte, vale recordar que la categoría jurídica de “inexistencia” sigue sin tener consagración legislativa luego de la vigencia del CCyC.

implica la inexistencia de eutanasia.<sup>75</sup> El tema no es menor, pues tenemos en cuenta que algunos diferencian la llamada “eutanasia activa” de la “pasiva”, y las prácticas pasivas –en verdad- suelen constituir la primera causa de muerte en las unidades de terapia intensiva, por lo cual cabe preguntarse si la ley se está refiriendo sólo a las prácticas eutanásicas activas como causal de inexistencia.<sup>76</sup> Por otro lado, algunos opinan que la terminología utilizada por la ley no es criticable, porque el concepto de “eutanasia” no debe ser definido legalmente, sino concebido desde la sociedad, la doctrina y la jurisprudencia bioética, aunque ello –evidentemente- es una prueba más de las disputas que encierra el concepto.<sup>77</sup>

No estamos ante un tema sencillo. Se ha definido a la eutanasia como aquella

acción médica con la cual se pone fin en forma directa a la vida de un enfermo próximo a la muerte y que así lo solicita, para lograr de este modo dar término a los sufrimientos de su agonía (...) ya sea que se

75 Adriel J. Roitman y Marisa Aizenberg; op. cit, p. 3.

76 Vale recordar que en el año 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires rechazó el pedido formulado por el curador y cónyuge de una persona en estado vegetativo permanente e irreversible para que se suspendiera el tratamiento médico tendiente a su alimentación e hidratación enteral, lo que ocasionaría su deceso, porque el enfermo no dejó instrucciones ni manifestaciones al respecto, aceptándose así, “a contrario sensu”, que se hubieran receptado sus directivas anticipadas en ese caso, interpretándose entonces “no eutanásica” la conducta demandada (SCBA, 09/02/2005, S., M. d. C., en La Ley Buenos Aires 2005 –marzo-, 171). En el mismo orden de ideas, y en igual año, se decidió: “Es admisible la acción de amparo entablada con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de una paciente que padece una grave enfermedad -actos de autoprotección-, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, en tanto el desarrollo progresivo e irreversible de la dolencia podría provocar la necesidad de acudir a los procedimientos no deseados por aquélla, con grave detrimento de su dignidad e integridad personal” (Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005, La Ley 2005-E, 452). Nuestra Excma. CSJN aceptó, recientemente, la posibilidad de suspender el soporte vital de una persona que llevaba más de veinte años en estado vegetativo (D., M. A. s/ declaración de incapacidad AR/JUR/24366/2015).

77 Luis R. Llorens y Alicia B. Rajmil, op. cit.

efectúe por ‘comisión’ (...) o por ‘omisión’ deliberada de la prestación de tratamientos médicos ordinarios o proporcionados –útiles- que podrían prolongar la vida del paciente y con cuya carencia se anticipa su muerte<sup>78</sup>;

mientras se ha expresado que las diferencias con las directivas anticipadas surgen porque éstas importan una aceptación de la muerte pero no un aceleramiento o facilitación, con la finalidad de evitar dolores, sufrimientos y angustias ante un caso que se presenta como irreversible o terminal.<sup>79</sup> Con respecto a esto último, considero que no deben limitarse las directivas anticipadas a los casos terminales y, además, no advierto tanta claridad en cuanto a las diferencias entre ambas figuras, pues en más de una oportunidad surgen dudas a la hora de “encasillar” un caso en una u otra, existiendo zonas limítrofes o grises entre ellas, sobre todo admitiendo el concepto de “eutanasia pasiva”. En definitiva, la redacción de la norma no ahorrará la posibilidad de debate doctrinario y judicial respecto a tan espinoso tema, aunque creo que luego de las reformas incorporadas mediante la “ley de muerte digna”, su espíritu puede servir como criterio rector interpretativo, sumado al respeto que se merecen las propias decisiones de la persona acerca de su cuerpo, su salud y su dignidad.

Además, debe remarcarse en esta temática la importancia del fallo dictado por la Excma. CSJN el 7 de julio de 2015 (D., M. A. s/ declaración de incapacidad AR/JUR/24366/2015), en el cual acepta la posibilidad de retirar el soporte vital a una persona que llevaba más de veinte años de estado vegetativo. Ello, motivado en el pedido de sus hermanas, quienes aseguraron que esa era la voluntad previamente expresada por su hermano oralmente. Este fallo merece una cita extensa, no sólo por la relevancia institucional del mismo (fue dictado por nuestro más alto tribunal), sino porque define la disputa antes mencionada, acerca de la legalidad o no del retiro del soporte vital.

En ese caso, las hermanas de un paciente que, a raíz de un accidente automovilístico, permaneció en estado vegetativo sin cambios

78 Definición citada por Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández, op. cit., p. 20.

79 Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández; op. cit., p. 23.

clínicos por más de 20 años, solicitaron la supresión de toda medida terapéutica de soporte vital. La pretensión fue rechazada por los jueces de grado y de la Alzada. El Tribunal Superior de la Provincia del Neuquén dejó sin efecto esa sentencia. El curador ad litem y el representante del Ministerio Público interpusieron recursos extraordinarios con fundamento en la arbitrariedad del fallo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión apelada. Para ello, la CSJN utilizó, entre otros los siguientes argumentos:

(...) La decisión de aceptar o rechazar un tratamiento médico constituye un ejercicio de la autodeterminación que asiste a toda persona por imperio constitucional —art. 19 de la Carta Magna— y así lo establece la Ley 26.529 en su art. 11 (...). La petición efectuada por las hermanas y curadoras de un paciente que se encuentra en estado vegetativo permanente por más de 20 años, para que los profesionales de la salud se abstengan de proveerle a éste todo tratamiento médico, se enmarca dentro de los supuestos previstos en la Ley 26.529, al ser efectuada por los familiares legitimados, sin que se haya alegado o probado en la causa elemento alguno que permita sostener que esto implique desconocer la voluntad de aquél (...) Los hermanos, conforme el art. 21 de la Ley 24.193, son personas autorizadas a dar testimonio, bajo declaración jurada, de la voluntad del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital; éstos hacen operativa la voluntad de aquél y resultan sus interlocutores ante los médicos a la hora de decidir, pero, por tratarse la vida y la salud de derechos personalísimos, de ningún modo puede considerarse que el legislador haya transferido a estas personas un poder incondicionado para disponer la suerte de una persona mayor de edad que se encuentra en un estado total y permanente de inconsciencia (...) Conforme el art. 21 de la Ley 24.193, quienes pueden transmitir el consentimiento informado del paciente impedido para expresar por sí y en forma plena la decisión de continuidad del tratamiento médico o el cese del soporte vital no actúan a partir de sus convicciones propias, sino dando testimonio de la voluntad de aquél; no deciden ni “en el lugar” del paciente ni “por” el paciente, sino comunicando su voluntad; la decisión no puede ni debe responder a sentimientos de compasión ni al juicio que la persona designada por la ley se forme sobre la calidad de vida del paciente; tampoco puede basarse en criterios utilitaristas que desatiendan que toda persona es

un fin en sí mismo; debe reflejarse la voluntad de quien se encuentra privado de conciencia y su modo personal de concebir para sí su personal e intransferible idea de dignidad humana, garantizando su autodeterminación (...) La petición de retiro de medidas de soporte vital —hidratación y alimentación— realizada por las hermanas de una persona que se encuentra en un estado vegetativo permanente a raíz de un accidente ocurrido hace más de 20 años, encuadra dentro de lo contemplado en los arts. 2º, inc. e), y 5º, inc. g) de la Ley 26.529, pues, más allá de la especificidad de los procedimientos allí contenidos y de la expresa referencia que las normas contienen al respecto, existe consenso en la ciencia médica en cuanto a que éstas constituyen, en sí mismas, una forma de tratamiento médico (...) En la medida en que las decisiones tomadas por los pacientes respecto de la continuidad de los tratamientos médicos se ajusten a los supuestos y requisitos establecidos en la Ley 26.529, se satisfagan las garantías y resguardos consagrados en las Leyes 26.061, 26.378 y 26.657 y no surjan controversias respecto de la expresión de voluntad en el proceso de toma de decisión, no debe exigirse una autorización judicial previa para el ejercicio del derecho a la autodeterminación; esto se corrobora con los antecedentes parlamentarios que reflejan la manifestación de distintos legisladores de evitar la judicialización de las decisiones de los pacientes (...) La modificación introducida a la ley de derechos del paciente por la Ley 26.742, de aplicación inmediata desde su vigencia, tuvo por principal objetivo atender a los casos de los pacientes aquejados por enfermedades irreversibles, incurables o que se encuentren en estado terminal o que hayan sufrido lesiones que los coloquen en igual situación, reconociendo a éstos, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos, sin autorizar prácticas eutanasías; tales previsiones no resultan incompatibles con las normas del Cód. Civil y Comercial de la Nación (...) Es necesario que las autoridades correspondientes contemplen mediante un protocolo las vías por las que el personal sanitario pueda ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención del paciente que se encuentre en la situación contemplada en los arts. 2, inc. e, y 5, inc. g de la Ley 26.529; a tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos

suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley les confiere.

Si bien hasta el momento he recorrido el art. 11 de la Ley 26.529, el mismo también puede ser abordado y analizado desde sus silencios. Al respecto,

Se ha señalado que el ingreso de este instituto a nuestra legislación nacional ha sido tímido e incompleto, puesto que no se ha legislado sobre la publicidad y la posible caducidad de las instrucciones. Tampoco sobre la posibilidad de designar un mandatario que manifieste la voluntad de quien no puede expresarse.<sup>80</sup>

En tal sentido, lo primero que puede advertirse es que la norma no establece mayores requisitos para la validez de las directivas anticipadas, tales como la irreversibilidad del cuadro clínico, la existencia de sufrimientos intolerables, y la prohibición de las directivas contrarias al orden jurídico, o de las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas.<sup>81</sup> Considero que –aunque la ley no lo indique expresamente– es obvia la invalidez de las directivas contrarias al orden jurídico (siempre que se vulnere una norma de mayor jerarquía que la analizada), o las dispuestas para situaciones fácticas que no son precisamente las atravesadas en el caso. Sin embargo, concuerdo con parte de la doctrina que sostiene la validez de las directivas anticipadas aunque no

80 Lily R. Flah, op. cit., p. 3; quien cita a Luis D. Crovi, “Las directivas anticipadas en el Proyecto”, en *Derecho de Familia y de las Personas*, Ed. La Ley, julio de 2012; y a Rosana, I. Aguilar, “Las directivas anticipadas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Otro avance en orden a la protección de la autonomía personal”, en *Compendio Jurídico* n° 68, Ed. Errepar, Buenos Aires, noviembre de 2012.

81 Destacadas como importantes para toda legislación sobre el tema por Roberto Crespi Drago, y Luis Alberto Valente; en “Las denominadas instrucciones o directivas anticipadas - el llamado testamento vital o living will - (las advanced directives)”, UNLP 2005-36, p. 170.

estén asociadas a cuadros médicos con compromiso de vida o riesgo de muerte.<sup>82</sup>

En cuanto a la irreversibilidad del cuadro médico, celebro que la ley no la haya establecido como recaudo de validez para las directivas anticipadas. El respeto por la dignidad de la persona, por sus creencias, por sus decisiones tomadas en el pleno ejercicio del derecho a la disposición del propio cuerpo, no es merecido sólo ante una enfermedad terminal o ante el inminente llamado de la muerte. Las directivas anticipadas se justifican ante la imposibilidad futura del sujeto de expresar su voluntad, no en que dicha imposibilidad sea definitiva o en la certeza de su fallecimiento.

Tampoco la ley –en su versión original– estableció requisitos de forma, lo cual generó algunos reparos, pues la mención a la forma aparece a menudo incluida dentro del concepto mismo de directivas anticipadas, o al menos como recaudo necesario para su validez.<sup>83</sup> Es claro que para darle seguridad a los médicos tratantes, sería más que oportuno el recaudo de la escritura para dar validez a las directivas anticipadas, e incluso podría llegarse a establecer un registro nacional que pueda ser consultado informáticamente por los profesionales para resolver qué hacer en el caso concreto. Por ello, algunos opinaron que la formalidad (más específicamente, mediante escritura pública, o al menos mediante instrumento público<sup>84</sup>) se iba a imponer en la práctica más allá de toda norma legal<sup>85</sup>, mientras otros propiciaron la formalidad (y hasta la registración) por razones de seguridad jurídica e incluso de eficacia del acto.<sup>86</sup> Vale recordar que la norma analizada se distingue de su antecedente legislativo precisamente en esta cuestión, pues en el proyecto originario, aprobado por la Cámara de Senadores

82 Luis Enrique Abbiati; “Directivas Anticipadas y Acto Jurídico”, en op. cit., p. 496.

83 Roberto Crespi Drago, y Luis Alberto Valente; ob. cit.

84 La exigencia de instrumento público no generaría necesariamente la onerosidad propia de la escritura pública.

85 Luis R. Llorens; Alicia B. Rajmil; op. cit.

86 Luis Enrique Abbiati; “Directivas Anticipadas y Acto Jurídico”, en op. cit., pp. 504 y ss.

en el año 2007, dicho artículo culminaba expresando “(...) Las directivas anticipadas se instrumentarán confeccionando tres ejemplares de idéntico tenor, con el propósito que un ejemplar sea destinado al profesional, otro quede en poder del paciente o sus representantes, y el restante se agregue a la historia clínica”.

Ciertamente, la formalidad del acto potencia su eficacia y otorga seguridad jurídica, aunque conspira contra decisiones válidas tomadas en circunstancias en las que la formalidad resulta imposible o de muy dificultosa concreción, e incluso contra la revocabilidad de las directivas anticipadas cuando tal formalidad no es posible y ya la directiva se encuentre expresada formalmente o incluso registrada. Ante ello, tal vez el silencio de la ley no sea desacertado, siempre que las restantes fuentes del derecho llenen el vacío prudentemente en cada caso concreto.

De todos modos, el texto del art. 11 fue reformado por la Ley 26.742, y en virtud de ello, su contenido actual prevé que “(...) La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos”.

Por su parte, la pormenorizada reglamentación del citado artículo expresa:

Las Directivas Anticipadas sobre cómo debe ser tratado el paciente, deberán ser agregadas a su historia clínica. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito, con la presencia de DOS (2) testigos, por ante escribano público o juez de primera instancia competente, en la que se detallarán los tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza. El paciente puede incluso designar un interlocutor para que llegado el momento procure el cumplimiento de sus instrucciones.

Los profesionales de la salud deberán respetar la manifestación de voluntad autónoma del paciente. Cuando el médico a cargo considere que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales Directivas Anticipadas.

Todos los establecimientos asistenciales deben garantizar el respeto de las Directivas Anticipadas, siendo obligación de cada institución el contar con profesionales sanitarios, en las condiciones y modo que fije la autoridad de aplicación que garanticen la realización de los tratamientos en concordancia con la voluntad del paciente.

Cuando el paciente rechace mediante Directivas Anticipadas determinados tratamientos y decisiones relativas a su salud, y se encuentre en los supuestos previstos por el artículo 2° inciso e) tercer párrafo de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, el profesional interviniente mantendrá los cuidados paliativos tendientes a evitar el sufrimiento. En este supuesto, se entiende por cuidado paliativo la atención multidisciplinaria del enfermo terminal destinada a garantizar higiene y confort, incluyendo procedimientos farmacológicos o de otro tipo para el control del dolor y el sufrimiento.

No se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento, como así tampoco, aquellas que resulten contrarias al ordenamiento jurídico o no se correspondan con el supuesto que haya previsto el paciente al momento de exteriorizarlas. En la Historia Clínica debe dejarse constancia de las anotaciones vinculadas con estas previsiones.

El paciente puede revocar en cualquier momento estas directivas, dejando constancia por escrito, con la misma modalidad con que las otorgó o las demás habilitadas por las Leyes que se reglamentan por el presente Decreto. Si el paciente, no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos DOS (2) testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus Directivas Anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores emitidas si las hubiera, así como para ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su represen-

tación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo.

Las Directivas Anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo. Los testigos, cualquiera sea el medio por el cual se extiendan, en el mismo texto de las Directivas Anticipadas deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlas, y rubricarlas, sin perjuicio del deber del propio paciente otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

En ningún caso se entenderá que el profesional que cumpla con las Directivas Anticipadas emitidas con los alcances de la Ley N° 26.529 o su modificatoria, ni demás previsiones de ellas o de esta reglamentación, está sujeto a responsabilidad civil, penal, o administrativa derivada de su cumplimiento.

Los escribanos, a través de sus entidades representativas y las autoridades judiciales a través de las instancias competentes podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas, si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente.

Volviendo al texto del art. 11 de la ley, y con respecto a la mayoría de edad, me permito plantear alguna duda. Dicha mayoría se adquiere a los dieciocho años (art. 25 CCC). Pero el art. 26 del CCC presume que desde los trece años la persona tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física; y que desde los dieciséis años el sujeto es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Teniendo en cuenta la mencionada normativa, ¿no es lógico inferir que –al menos desde los 16 años– la persona tiene derecho a deter-

minar directivas médicas anticipadas? Ello, porque carece de sentido permitir que alguien tenga poder de decisión sobre su cuerpo y su salud para el presente, y no para el futuro.

Es obvio que la Ley 26.529 no pudo prever lo que luego dispondría el CCC, por lo cual no es criticable en tal sentido. Pero el planteo de la cuestión cobra relevancia en la actualidad, y hay que admitir –más allá de la valoración que cada uno, desde su subjetivismo, pueda hacer acerca de lo dispuesto en el citado art. 26- que tendría solidez jurídica el sostenimiento de la validez de una directiva anticipada generada desde los dieciséis años; apuntalado no sólo por el art. 26 del CCC sino también por el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños, con jerarquía constitucional a través de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN). Retomaré el tema al analizar el art. 60 del CCC, que genera –además- otros dilemas.

Retomando los silencios del art. 11 que pueden merecer objeciones, puede mencionarse la falta de establecimiento de un plazo de validez, desde su dictado, para la directiva anticipada. La doctrina y el derecho comparado suelen prever la necesidad de una ratificación de la directiva anticipada luego de pasado un cierto tiempo desde su dictado, pues los rápidos y crecientes avances tecnocientíficos en el campo médico pueden hacer presumir que –ante la existencia de un tratamiento antes inexistente- la decisión del paciente sería otra que la mencionada en la directiva anticipada “desactualizada”. En efecto, un testamento vital que prescriba un determinado tratamiento, por ejemplo, puede haber quedado anticuado a la hora de aplicarlo.

Nótese que, en función del avasallador avance de la ciencia y la tecnología, lo que hoy se considera un medio extraordinario al cabo de los años puede erigirse como una terapia bastante segura y eficaz. De ahí que, desde una perspectiva médica, las indicaciones del documento pueden erigirse como manifestamente inadecuadas o desactualizadas. En esta línea, debe considerarse también la necesidad de un sistema o mecanismo de actualización y revisión permanente de los

testamentos vitales, ya que algunas de las instrucciones dadas pueden quedar totalmente desfasadas con el tiempo.<sup>87</sup>

Por último, considero necesario aclarar que la mera inexistencia de una directiva anticipada –desde el plano bioético- no legitima el llamado “encarnizamiento terapéutico”. En efecto, los derechos humanos de los pacientes, su trato digno, no sólo deben preservarse a través de sus decisiones anticipadas. Lamentablemente, la ley –en su texto original- dejó pasar la oportunidad de regular la posibilidad de quitar el soporte vital sin directivas anticipadas. Sin embargo, como ya se expresó oportunamente, la llamada “ley de muerte digna” remedió este silencio.

En realidad, las directivas anticipadas son sólo un instrumento que permite arribar a una muerte digna, pero no basta para solucionar tan complejo dilema. En efecto, generalmente las personas jóvenes (quienes, por naturaleza, ven a la muerte como una realidad lejana) no dictan directivas anticipadas; ni en nuestra cultura está arraigada la costumbre de dictarlas (salvo en algunos grupos particulares, como los Testigos de Jehová, quienes suelen utilizar tarjetas identificatorias para facilitar la prueba y aplicación de sus directivas).

De todos modos, su aparición en la legislación argentina implica un avance, aunque debido a todas las deficiencias apuntadas el art. 11 de la Ley 26.529 ha sido calificado como “insuficiente” por autorizada doctrina.<sup>88</sup>

Sin embargo, aunque la norma –evidentemente- es perfectible, la consagración legal de las directivas anticipadas no sólo sirve como herramienta para afirmar la autonomía del sujeto en sus decisiones personalísimas y para luchar contra el “ensañamiento o furor terapéutico”<sup>89</sup>, sino también para generar y difundir el necesario debate que el tema merece no sólo en los círculos académicos, sino en la sociedad

87 Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández; op. cit., p. 29.

88 Luis Enrique Abbiati; conferencia brindada en el marco de las XV Jornadas Argentinas de Bioética, Santa Rosa, La Pampa, octubre de 2011.

89 Dicho “ensañamiento” aparece “cuando el facultativo, excediendo su deber de preservar la vida, retarda inútilmente la muerte recurriendo a tratamientos absolutamente fútiles, carentes de sentido y de justificación médica y ética en pacientes

toda. Asimismo, los testamentos vitales otorgan al médico una legítima protección jurídica cuando se producen situaciones conflictivas en torno a decisiones sobre la vida y la muerte en las que la voluntad del paciente ha quedado libremente plasmada.<sup>90</sup>

En relación a la difusión del contenido de la ley y de la posibilidad de formular directivas anticipadas, merece ser destacada la labor de algunas instituciones relacionadas con el cuidado de la salud, que en sus páginas web incorporan información acerca del concepto de “directivas anticipadas” y sus notas características, y del derecho de las personas a efectivizarlas, e incluso ofrecen una guía para la formulación de los documentos pertinentes y la posibilidad de introducirlos en la Historia Clínica Electrónica, lo cual brinda mayor grado de seguridad en el paciente y en el médico tratante a la hora de respetarlas.<sup>91</sup> En relación a esto último, en países más organizados incluso se ha sugerido la creación de bases de datos intercomunicadas, que se actualicen simultáneamente y permitan de modo automático que todos los centros de salud cuenten con las nuevas disposiciones del paciente.<sup>92</sup>

Resta el análisis de la normativa referida a las directivas médicas anticipadas en el CCC.

En efecto, entre las disposiciones incorporadas a nuestro régimen legal por el nuevo CCC en referencia a los derechos personalísimos, se encuentra el art. 60, cuyo texto es el siguiente:

Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarro-

que están más allá de toda posible curación, prolongando así su agonía” (Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández; op. cit., p. 27).

90 Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández; *Ibid.*, p. 21.

91 En ese sentido, pueden constatarse los contenidos de la página del Hospital Italiano de Buenos Aires.

92 Omar F. Hiruela y María del P. Hiruela de Fernández; op. cit., p. 30.

llar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

En primer término, me remito a muchos de los comentarios señalados respecto de la Ley 26.529, aplicables a esta norma. Es útil notar que el CCC se refiere expresamente a la posibilidad de nombrar un representante “a futuro” (algo que no hace la ley sobre derechos del paciente), figura complementaria del testamento vital que ya mereció algunos comentarios.

Pero, además, son oportunas otras consideraciones, sobre todo referidas al sujeto “capacitado” para el dictado de directivas anticipadas.

En efecto, el código permite anticipar directivas atinentes a su salud solamente a la persona “plenamente capaz”. Una vez más me permito acotar que en este tipo de casos sería más atinado hablar de “competencia” y no de “capacidad”, pero aún restringiéndonos a este último concepto, aparecen algunas inconsistencias en el CCC.

Ello, porque la incorporación de la palabra “plenamente”, deja fuera a las personas con capacidad de ejercicio restringida (no sólo a los incapaces), lo cual no tiene sentido en la sistemática dispuesta en el código; ya que las personas con capacidad restringida requerirán de los sistemas de apoyo que se dispongan pero solamente respecto a los actos expresamente señalados por la autoridad judicial (art. 32 CCC), reteniendo la capacidad de ejercicio por sí para el resto de los actos, porque la capacidad de ejercicio se presume y las limitaciones a la misma son excepcionales y restrictivas (art. 31 CCC).

El nuevo sistema de capacidad de ejercicio tuvo buena acogida, pues mediante categorías flexibles permite el dictado de sentencias perfectamente adecuadas a los casos concretos, a las necesidades de cada persona; lo cual -en alguna medida- ya había sido anticipado mediante la inclusión del art. 152 ter al viejo código, de la mano de la ley de salud mental. En el campo de la salud mental existen numerosos “grises”, que no estaban contemplados con el sistema anterior, basado en la dicotomía que planteaba la opción entre dos categorías rígidas de capaces (incluidos los inhabilitados) e incapaces. Felizmente, el CCC contempló la necesidad de articular “sentencias a medida” de cada caso, priorizando así las circunstancias de cada persona para la protección de su salud y de sus derechos, y resguardando de ese modo su autonomía en el mayor grado posible.

Ahora bien, dicho lo anterior, si la sentencia que restringe la capacidad (lo que, por ende, convierte al sujeto en alguien que ya no es “plenamente capaz”) no limita el ejercicio de sus derechos personalísimos sino que –por ejemplo- se limita al campo meramente patrimonial; ¿es lógico privar al sujeto de la posibilidad de dictar válidamente directivas médicas anticipadas?

La misma situación aparece en el caso de la prodigalidad (único supuesto contemplado por el CCC para la inhabilitación, arts. 48 y ss.), en la cual no existe “capacidad plena”, pues la misma está levemente recortada.

A ello podemos agregar el ya mencionado planteo acerca de los niños, ya que si se considera adulto a un sujeto desde los dieciséis años para el cuidado de su cuerpo, conforme el art. 26 del CCC (a pesar de no ser “plenamente capaz”), debería reconocerse que desde la misma edad la persona tiene derecho a determinar directivas médicas anticipadas.<sup>93</sup>

Una vez más, la mención a la categoría jurídica de “capacidad” respecto al ejercicio de actos personalísimos en el área de la salud, genera inconvenientes que se evitarían si se hiciera referencia a la categoría bioética de “competencia”.

#### 11.4 Jurisprudencia

FALLO DE LA EXCMA. C.S.J.N. REFERIDO AL DERECHO A LA DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO EN CUANTO A LA SALUD Y A LA VALIDEZ DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS.

C.S.J.N.; A. 523. XLVIII

“A.N., J. W. s/ medidas precautorias”.

93 “No se advierte cuál es el sentido de excluir a niños competentes, como puede ser un adolescente, de la posibilidad de dejar establecido este tipo de previsiones, que se vinculan con el respeto de su autonomía en materia de derechos personalísimos y con su derecho a morir con dignidad. A menudo se observa que los chicos que han llevado tiempo hospitalizados o sometidos a largos tratamientos maduran profundamente y se encuentran en condiciones de opinar cabalmente sobre qué quieren y qué no para su vida (...)” (Gustavo Caramelo; op. cit., pp. 108 y 109).

Buenos Aires, 01 de junio de 2012.

Considerando:

1°) Que la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar el pronunciamiento de primera instancia, denegó la medida precautoria solicitada por J. W. A. N. a los efectos de que se autorizase a los médicos tratantes de su hijo mayor de edad P. J. A. O. -internado en la Clínica Bazterrica de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires- a efectuarle una transfusión de sangre que resultaba necesaria para su restablecimiento.

2°) Que según surge de las constancias de autos, P. J. A. O. ingresó al citado nosocomio con un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundario, con motivo de una herida de arma de fuego como consecuencia de un intento de robo. En la actualidad, según surge de las constancias de la causa, se encuentra en estado crítico, con pronóstico reservado, internado en el área de terapia intensiva y los médicos que lo asisten han destacado la necesidad de efectuarle la citada transfusión dado su estado (conf. informe 30 de mayo de 2012).

3°) Que asimismo, corresponde señalar que el paciente pertenece al culto “Testigos de Jehová”, y que en el expediente obra una declaración efectuada por él el 18 de marzo de 2008 -con anterioridad a su hospitalización- certificada por escribano público, en la que manifiesta dicha pertenencia y que por tal motivo no acepta transfusiones de sangre.

4°) Que habida cuenta de que al momento de iniciarse las presentes actuaciones, el paciente no se encontraba en condiciones de expresarse por sí mismo, R. E. C., cónyuge de P. A., se opuso al planteo efectuado por el progenitor invocando la existencia de la mencionada expresión de voluntad y solicitando se respete dicha decisión.

5°) Que después de enumerar los derechos que se encontraban involucrados en la cuestión planteada -derecho a la vida y a la salud, autonomía individual, libertad religiosa y de concien-

cia-, la alzada señaló que el paciente había dejado expresada su voluntad en relación a una situación como la que se había generado, al obrar en el expediente un documento que daba cuenta de “directivas anticipadas” en el que expresamente se negaba a recibir transfusiones de sangre aunque peligrase su vida.

Asimismo, sostuvo que dichas directivas -que según el art. 11 de la Ley 26.529 debían ser aceptadas por los médicos- resguardaban el principio constitucional de libertad de autodeterminación, entendido como soporte de conductas autorreferentes, sin que se diera en el caso el supuesto excepcional de la citada norma que impide las prácticas eutanásicas.

Por ende, el a quo consideró que tales directivas debían ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad, y que las manifestaciones realizadas por su padre no llevaban a considerar que pudiese haber mediado algún cambio en la idea religiosa de P., pues de haber existido intención de modificar el testamento vital, lo lógico era que hubiese revocado la voluntad expresada en el instrumento analizado.

(...) 7º) Que las cuestiones que llegan a conocimiento de esta Corte remiten a aquellas que dieron origen al precedente publicado en Fallos: 316: 479 (“Bahamondez”) en el que un paciente afectado por una hemorragia digestiva con anemia y melena, se negó a recibir transfusiones de sangre por considerar que eran contrarias a las creencias del culto “Testigos de Jehová” que profesaba.

Que sin perjuicio de lo expresado, el caso sub examine presenta particularidades que en alguna medida lo distinguen del precedente mencionado y que requieren las siguientes precisiones: primero, que P. A. ingresó a la clínica Bazterrica en estado de inconsciencia por lo que no pudo manifestar a los profesionales médicos cuáles eran las terapias o procedimientos médicos o biológicos que estaba dispuesto a aceptar conforme a las creencias de su culto.

Segundo, que hay constancia de que en el 18 de marzo de 2008, firmó un documento en el cual manifestó no aceptar “transfusiones de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma bajo ningún concepto aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida”.

Que en la causa no existen elementos que permitan albergar dudas respecto de la validez formal del documento señalado (...)

Que no existen pruebas claras y convincentes de que el paciente al momento de expresar dicha voluntad no haya considerado la trascendencia y las consecuencias de su decisión; tampoco las hay para considerar que esa voluntad fue viciada por presiones de terceros o de que la opción efectuada haya sido adoptada con otra intención que la de profesar el culto. Por ende, no existen razones para dudar de que el acto por el cual P. ha manifestado su negativa a ser transfundido fue formulado con discernimiento, intención y libertad.

Que por otra parte el recurrente alega que con posterioridad a la firma de dicho documento, su hijo habría abandonado el culto para luego regresar a éste “y así sucesivamente en distintas oportunidades”, lo que podría generar algún tipo de incertidumbre respecto del mantenimiento en el tiempo de la decisión de P. Sin embargo, este argumento genérico y carente de precisiones no tiene fundamento suficiente como para al menos presumir que hubiese habido una modificación en sus creencias; al contrario, en el propio escrito de demanda, el actor reconoce que en la actualidad P. se encuentra casado con una mujer de su mismo credo, y según resulta de la causa, el matrimonio se realizó en el Salón del Reino de los Testigos de Jehová el 2 de diciembre de 2011.

(...) es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de

acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.

Esta idea ha sido receptada por el legislador en la Ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos “con o sin expresión de causa” (art. 2 inc. e).

Por lo demás, no puede pasarse por alto que esta ley en su art. 11 reconoce a toda persona capaz mayor de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Estas directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Que la Corte Europea de Derechos Humanos ha recordado en este sentido que “prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes” (Case of Jehova’s witnesses of Moscow and others v Russia, en referencia a *In re T. Adult: Refusal of Treatment*, 3 weekly Law Report 782 (Court of Appeal)).

Que, por cierto, la libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, puede ser válidamente limitada en aquellos casos en que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso.

Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta

a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros.

Así, mientras una persona no ofenda al orden, a la moral pública, o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo (Fallos: 328:2966, disidencia de la Dra. Highton de Nolasco).

Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior (Fallos: 316:479, disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi).

(...) 20°) Que, en consecuencia, al no existir constancias en autos que indiquen que la negativa de recibir un tratamiento médico contrario a sus creencias religiosas, encuadra en algunas de las circunstancias excepcionales mencionadas en el considerando anterior, cabe concluir --conforme a los principios desarrollados precedentemente-- que no existió en el caso algún interés público relevante que justificara la restricción en la libertad personal del nombrado.

Por ello, oído el señor Procurador General y agregado el informe del Cuerpo Médico Forense, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y se confirma el pronunciamiento apelado. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones planteadas. Notifíquese y devuélvase.

ELENA I. HIGHTON DE NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE S. PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA

VOTO DEL SENOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT

Considerando:

(...) los derechos esenciales de la persona humana -relacionados con su libertad y dignidad- comprenden al señorío del hombre sobre su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad y sus creencias trascendentes, que, en cuanto tales y en tanto no ofendan al orden, a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, gozan de la más amplia protección constitucional que llega -incluso- a eximirlos de la autoridad de los magistrados (art. 19 de la Constitución Nacional).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Oportunamente, devuélvase.

CARLOS S. FAYT

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que las actuaciones se inician con la presentación del Sr. J. W. A. N., quien, invocando su condición de padre de P. J. A. O., solicita una medida precautoria urgente a “efectos de que V.S. autorice a los médicos tratantes de mi hijo en la Clínica Bazterrica de CABA, en los términos de los arts. 232 y 234 inc. 1° de la CPCC”, a realizar una transfusión de sangre en aquél.

2°) Que a fs. 4/6 obra un documento titulado “Directivas anticipadas y designación de un representante para la atención médica”, certificado por escribano público, según el cual el Sr. P.J. A. O. manifiesta: “Soy testigo de Jehova y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida” (destacado en el original).

3°) Que la decisión de primera instancia (fs. 21/22), si bien partió de la base de admitir la autenticidad de la documentación de fs. 4/6, antes citada, con el fundamento de que el paciente “no se encuentra en condiciones de tomar decisiones con pleno discernimiento”, hizo lugar a la medida solicitada por su padre.

4°) Que ante el recurso interpuesto por la esposa de P. J. A. O., la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, revocó la resolución de primera instancia, por considerar, entre otras cuestiones, que debía “primar la decisión adoptada por P. A. O. en las directivas anticipadas, las cuales se encuentran fundadas en el principio de autodeterminación y de libertad de conciencia y religiosa...” (fs. 89/92).

(...) 6°) Que las cuestiones que suscita el sub examine resultan sustancialmente análogas a las debatidas y resueltas en el caso “Bahamondez”, Fallos 316: 479, 502 (disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi), a cuyos términos corresponde remitir en razón de brevedad.

Por ello, se declara formalmente procedente el recurso extraordinario y se confirma la sentencia. Costas por su orden en atención a la naturaleza de las cuestiones debatidas. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE S PETRACCHI

**ARTÍCULO 11 bis: 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.**

**(Artículo incorporado por art. 7 de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)**

### **11 bis.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 18, 19 CN.

### **11 bis.2 Comentario**

Este artículo tiene la clara finalidad de brindar tranquilidad a los profesionales de la salud, quienes -ante situaciones éticamente debatibles y que han tenido frondosos y a veces contradictorios análisis jurídicos- podrían dudar acerca de cómo actuar; no sólo debido a sus propias inquietudes morales o a su visión del “deber ser”, sino también por temor a algún hipotético planteo judicial futuro (de índole civil o penal) en su contra.

Asimismo, la ley los resguarda de la responsabilidad administrativa (que podría acarrear inconvenientes en el plano laboral).

Todo ello, obviamente, si se ha obrado de acuerdo a lo prescripto en esta ley.

Metodológicamente, este artículo no debió incluirse en el Capítulo III (referido al consentimiento informado y a las directivas anticipadas la HC), sino en el Capítulo V (disposiciones generales), ya que se refiere al acatamiento de cualquiera de las normas de la ley, y no sólo a lo determinado en la órbita del consentimiento informado y las directivas anticipadas. Algo similar sucede con la ubicación del art. 21, como se verá más adelante.



## **CAPÍTULO IV**

### **De la historia clínica**

**ARTÍCULO 12. Definición y alcance.** A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

#### **12.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 42 CN; art. 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### **12.2 Comentario**

La norma en análisis define a la HC, pero no estamos ante una definición neutra, inocente o meramente descriptiva, pues incluye los recaudos básicos que debe cumplir, que resultan de importancia esencial para el cumplimiento acabado de sus fines.

En efecto, se destaca que la HC es obligatoria en la atención médica, y que debe estar organizada cronológicamente y debidamente foliada. De este modo, el desorden o la falta de uno o más folios constituiría una falta grave, con incidencia en el plano de la atención de la salud e incluso en el judicial.

En el mismo sentido, es destacable el contenido de la reglamentación de este artículo.

El decreto reglamentario, en el art. 12 de su Anexo, determina:

A excepción de los casos de la historia clínica informatizada, los asientos de la historia clínica escrita deben ser suscriptos de puño

y letra por quien los redacta, para identificar quién es responsable del mismo, con el sello respectivo o aclaración de sus datos personales y función, dejando constancia por escrito, de todos los procesos asistenciales indicados y recibidos, aceptados o rechazados, todos los datos actualizados del estado de salud del paciente, para garantizarle una asistencia adecuada.

Cada establecimiento asistencial debe archivar las historias clínicas de sus pacientes, y la documentación adjunta, cualquiera sea el soporte en el que conste, para garantizar su seguridad, correcta conservación y recuperación de la información.

Los profesionales del establecimiento que realizan la asistencia al paciente y participan de su diagnóstico y tratamiento deben tener acceso a su historia clínica como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. A estos fines cada centro debe arbitrar los recaudos para permitir su acceso.

Asimismo los establecimientos de salud deben adoptar los recaudos para que los datos con fines epidemiológicos o de investigación, sean tratados de modo tal que preserven la confidencialidad de los pacientes, a menos que el paciente haya dado su consentimiento y/o que hubiera mediado una orden judicial que solicite la remisión de los datos, en cuyo caso deberá estarse a los alcances de ese decisorio. Ello sin perjuicio de las otras previsiones del artículo 2° inciso d).

El personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de planificación, acreditación, inspección, y evaluación, tiene derecho de acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones para la comprobación de la calidad asistencial o cualquier otra obligación del establecimiento asistencial, en relación con los pacientes y usuarios o de la propia administración. Dicho personal que accede a estos datos, en ejercicio de sus funciones, queda sujeto al deber de secreto y confidencialidad.

Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual son responsables de la gestión y custodia de la documentación asistencial que generen.

Desde el punto de vista del abogado litigante, es común advertir la importancia de la HC desde el aspecto probatorio, en el ámbito de un pleito por daños y perjuicios, por ejemplo.<sup>94</sup> Ciertamente, los datos colectados en la HC suelen ser más que relevantes a la hora de determinar la responsabilidad de los sujetos actuantes, así como de las instituciones implicadas. Por ello, es frecuente el intento de obtener la HC mediante diligencias preliminares, antes del inicio del juicio propiamente dicho, a efectos de evitar posibles maniobras evasivas llevadas a cabo por los hipotéticos responsables, tendientes a modificar los contenidos de la HC o –llanamente- a su desaparición.

Sin embargo, apreciar la importancia de la HC sólo desde el aspecto mencionado, no es más que un acto de miopía jurídica. En efecto, la dimensión de la HC es mucho mayor, pues se trata del documento que recepta, plasma, protege y conserva cada uno de los datos relevantes de la relación médico-paciente.

Si bien no es sensato soslayar la importancia probatoria de la HC desde el litigio mismo (por ejemplo, en un juicio por mala praxis médica), reducir su campo de aplicación a ello implica desconocer su esencia. Y tal esencia se relaciona directamente con el derecho a la salud de las personas, con su derecho a la disposición de sus cuerpos, y con su derecho a vivir y morir dignamente, pues –en definitiva- éstas son las estrellas rectoras de la normativa analizada. ¿O acaso los derechos de los pacientes no encuentran su justificación final en su autonomía, en la disposición de sus cuerpos, y en su salud y dignidad?

Obsérvese la trascendencia de la HC a efectos de registrar los datos relativos al proceso del consentimiento informado que debe construirse para que el paciente tome la decisión final acerca de la práctica médica a realizarse sobre su cuerpo. Más aún, adviértase la relevancia de la HC a la hora de conocer los antecedentes del paciente, que pueden resultar cruciales para intentar salvarle la vida en una situación crítica. Claramente, entonces, la HC tiene un directo puente de conexión con la salud y la vida misma de los sujetos, quienes pueden ser tratados de conformidad a lo que sus antecedentes y estado de salud

94 Vázquez Ferreira, “La importancia de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica”, en La Ley 1996-B, p. 807.

requieren gracias a que puede tomarse conocimiento de ellos a través de la HC.

Lo anterior enmarca entonces todo el contenido de las restantes disposiciones de la Ley 26.529 acerca de la HC, que se analizarán sintéticamente a continuación.

## **12.3 Derecho comparado de América del Sur**

### 12.3.1 Chile:

Ley 20.584: Artículo 12: La ficha clínica es el instrumento obligatorio en el que se registra el conjunto de antecedentes relativos a las diferentes áreas relacionadas con la salud de las personas, que tiene como finalidad la integración de la información necesaria en el proceso asistencial de cada paciente. Podrá configurarse de manera electrónica, en papel o en cualquier otro soporte, siempre que los registros sean completos y se asegure el oportuno acceso, conservación y confidencialidad de los datos, así como la autenticidad de su contenido y de los cambios efectuados en ella.

Toda la información que surja, tanto de la ficha clínica como de los estudios y demás documentos donde se registren procedimientos y tratamientos a los que fueron sometidas las personas, será considerada como dato sensible, de conformidad con lo dispuesto en la letra g) del artículo 2º de la ley N° 19.628.

### 12.3.2 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 18: Todo paciente tiene derecho a conocer todo lo relativo a su enfermedad. Esto comprende el derecho a: (...)

- a. Que se lleve una historia clínica completa, escrita o electrónica, donde figure la evolución de su estado de salud desde el nacimiento hasta la muerte.

- b. La historia clínica constituye un conjunto de documentos, no sujetos a alteración ni destrucción, salvo lo establecido en la normativa vigente.
- c. El paciente tiene derecho a revisar su historia clínica y a obtener una copia de la misma a sus expensas, y en caso de indigencia le será proporcionada al paciente en forma gratuita.
- d. En caso de que una persona cambie de institución o de sistema de cobertura asistencial, la nueva institución o sistema deberá recabar de la o del de origen la historia clínica completa del usuario. El costo de dicha gestión será de cargo de la institución solicitante y la misma deberá contar previamente con autorización expresa del usuario.
- e. La historia clínica es de propiedad del paciente, será reservada y sólo podrán acceder a la misma los responsables de la atención médica y el personal administrativo vinculado con éstos, el paciente o en su caso la familia y el Ministerio de Salud Pública cuando lo considere pertinente.
- f. El revelar su contenido, sin que fuere necesario para el tratamiento o mediar orden judicial o conforme con lo dispuesto por el artículo 19 de la presente ley, hará pasible del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal (...).

#### **12.4 Jurisprudencia**

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA A, RELATIVO A LA CARGA PROBATORIA DE LOS CONTENIDOS DE LA HISTORIA CLÍNICA: “(...) No obstante la carga de la prueba pesa, en principio, sobre los pacientes, el profesional médico y la obra social demandada, ante lo incompleto de la historia clínica, deben aportar al proceso los datos faltantes, toda vez que cuentan con mayor aptitud probatoria al haber tenido en sus manos el tratamiento del paciente, y al no ser arrimados tales elementos al proceso,

se genera, en contra del galeno, una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional que a él corresponde desvirtuar” (C.Nac. Civ, Sala A, 02-06-2004, L., J. C. y otro v. Sanatorio Quintana S.A.).

FALLO DE LA CÁMARA NACIONAL CIVIL, SALA H, RELATIVO A LAS PRESUNCIONES DESFAVORABLES AL MÉDICO ANTES HISTORIAS CLÍNICAS DEFECTUOSAS: “(...) La historia clínica debe interpretarse de conformidad con el detalle, la integridad y la continuidad secuencial de sus asientos. Así las omisiones, ambigüedades, discontinuidades, los claros o enmiendas y defectos que presente la historia clínica originan presunciones desfavorables al médico, a quien incumbe la prueba tendiente a desvirtuarla, que debe ser apreciada con criterio riguroso” (Cám. Nac. Civ., Sala H, 21-06-95, “G., M. c. Intermedics Inc y otros”).

FALLO DE LA CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL DE CÓRDOBA, 7º NOM., RELATIVO A LA FUERZA PROBATORIA DE LA HISTORIA CLÍNICA: “(...) La historia clínica tiene una eficacia probatoria superior a la de los testimonios y a la conclusión que in abstracto efectúan los peritos, por ser el instrumento idóneo para salvaguardar la responsabilidad del profesional médico” (Cám. Civ y Com. Cba., 7º Nom., 23-08-99; S.J.E. c. Clínica Sarmiento y otro).

**ARTÍCULO 13. Historia clínica informatizada.** El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

### 13.1 Concordancias constitucionales:

Art. 42 CN; art. 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### 13.2 Comentario

Es evidente que la informatización de la HC facilita el almacenamiento y conservación de los datos del paciente en una única HC, aunque tal informatización no es obligatoria de acuerdo a la letra de la ley analizada. En efecto, el art. 13 de la ley establece la posibilidad y no la obligación de confeccionar la HC en soporte magnético; siempre que se tomen todos los recaudos necesarios para asegurar la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma.

Asimismo, la conservación informatizada de la HC no exime a su depositario de la conservación de ciertos documentos en papel, pues el mismo art. 13 culmina expresando: “(...) La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma”.<sup>95</sup> Por otra parte, debe recordarse que la HC se integra con los documentos mencionados en el art. 16, los cuales deberán conservarse en su soporte original.

Me permito imaginar, en el futuro cercano, una HC única de la persona pero no sólo en la misma institución, sino en todas a las que asista. Ello es posible gracias a los adelantos tecnológicos ya alcanzados, optimizaría el conocimiento de los datos del paciente relevantes

<sup>95</sup> El art. 13 del Anexo del decreto reglamentario reza: “La historia clínica informatizada deberá adaptarse a lo prescripto por la Ley N° 25.506, sus complementarias y modificatorias.

La documentación respaldatoria que deberá conservarse es aquella referida en el artículo 16 de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, que no se pueda informatizar y deberá ser resguardada por el plazo y personas indicados en el artículo 18 de esa misma ley”.

para las tomas de decisiones que requiera su estado de salud en cualquier lugar donde se encuentre, pero –obviamente- requeriría de una serie de recaudos técnicos a fin de salvaguardar la confidencialidad de la HC y el cumplimiento de las normas ya analizadas a su respecto.

### **13.3 Derecho comparado de América del Sur**

#### 13.3.1 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 19: Toda historia clínica, debidamente autenticada, en medio electrónico constituye documentación auténtica y, como tal, será válida y admisible como medio probatorio.

Se considerará autenticada toda historia clínica en medio electrónico cuyo contenido esté validado por una o más firmas electrónicas mediante claves u otras técnicas seguras, de acuerdo al estado de la tecnología informática. Se aplicará a lo dispuesto en los artículos 129 y 130 de la Ley N° 16.002, de 25 de noviembre de 1988, en el inciso tercero del artículo 695 y en el artículo 697 de la Ley N° 16.736, de 5 de enero de 1996, y en el artículo 25 de la Ley N° 17.243, de 29 de junio de 2000.

Artículo 20: Es de responsabilidad de los servicios de salud dotar de seguridad a las historias clínicas electrónicas y determinar las formas y procedimientos de administración y custodia de las claves de acceso y demás técnicas que se usen.

El Poder Ejecutivo deberá determinar criterios uniformes mínimos obligatorios de las historias clínicas para todos los servicios de salud.

**ARTÍCULO 14. Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.**

### 14.1 Concordancias constitucionales:

Arts. 42, 43, 75 inc. 22 CN.

### 14.2 Comentario

Si bien en los ámbitos académicos y jurídicos ya nadie podía tener dudas al respecto, la ley se encarga –acertadamente- de aclarar que el paciente es el titular de la HC.

Es necesario que lo antedicho sea masivamente difundido, pues en más de una oportunidad los ciudadanos ignoran sus derechos respecto a la HC, y las instituciones –a través de sus empleados- se comportan como si fueran los dueños de las HC, negándose incluso a suministrar sus contenidos a los pacientes.

La ley es clara al respecto. Luego de definir la titularidad del paciente sobre su HC, establece que “(...) A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo casos de emergencia”. Si esta disposición se cumpliera acabadamente, no serían necesarias las actuaciones judiciales tendientes a conseguir las HC de los pacientes. Pero, una vez más, es preciso tener en cuenta que este tipo de disposiciones no resultan importantes al sólo efecto de una hipotética judicialización de la relación “médico-paciente”, sino también (y esto es lo más relevante, en realidad) para la tutela de la salud de las personas. En este caso, por ejemplo, la tenencia de la HC por parte del paciente posibilitaría una interconsulta con otros profesionales de la salud, quienes contarían con una información completa acerca de los antecedentes del sujeto, para evaluar responsablemente la situación y llevar a cabo eficientemente su labor.

El art. 14 del Anexo del decreto reglamentario determina:

“El paciente como titular de los datos contenidos en la historia clínica tiene derecho a que a su simple requerimiento se le suministre una copia autenticada por el director del establecimiento que la emite o por la persona que éste designe para ese fin dentro del plazo de CUARENTA Y OCHO (48) horas. Los efectores de salud deberán

arbitrar los recaudos para procurar entregar la historia clínica de inmediato, cuando el paciente que la requiera se encontrare en proceso de atención, o en situaciones de urgencia o gravedad, donde corre peligro su vida o su integridad física, hecho que será acreditado presentando certificado del médico tratante.

A los fines de cumplimentar esta obligación las instituciones de salud deberán prever un formulario de solicitud de copia de la historia clínica, donde se consignen todos los datos que dispone el paciente para su individualización, el motivo del pedido y su urgencia.

En todos los casos el plazo empezará a computarse a partir de la presentación de la solicitud por parte del paciente o personas legitimadas para ello.

Exceptuando los casos de inmediatez previstos en la segunda parte del primer párrafo de este artículo, y ante una imposibilidad debidamente fundada, los directivos de los establecimientos asistenciales o quienes ellos designen para tal fin, podrán entregar al paciente una epicrisis de alta o resumen de historia clínica, y solicitarle una prórroga para entregar la copia de la historia clínica completa, que no podrá extenderse más allá de los DIEZ (10) días corridos de su solicitud, conforme lo previsto por la Ley N° 25.326.

El derecho de acceso a que se refiere este artículo sólo puede ser ejercido en forma gratuita a intervalos de SEIS (6) meses, salvo que se acredite un interés legítimo al efecto, y en un número limitado de copias, por lo cual, si existieren más de tres solicitudes, podrá establecerse que se extiendan con cargo al paciente el resto de ejemplares.

El ejercicio del derecho al cual se refiere este artículo en el caso de datos de personas fallecidas le corresponderá a sus sucesores universales o personas comprendidas en los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, con los alcances y límites fijados en la misma. En cualquier caso el acceso de terceros a la historia clínica motivado en riesgos a la salud pública se circunscribirá a los datos pertinentes, y en ningún caso se facilitará información que afecte la intimidad del fallecido, ni que perjudique a terceros, o cuando exista una prohibición expresa del paciente.

Lo dicho respecto de la titularidad de las HC se complementa con lo previsto en el art. 18 de la ley, al cual me remito en honor a la brevedad.

### **14.3 Derecho comparado de América del Sur**

#### 14.3.1 Brasil:

Carta de los derechos de los usuarios de la salud (Ley Portaria nº 1.820/2009): Artículo 5: Toda persona debe ser respetada respecto de sus valores, cultura y derechos relacionados con los servicios de salud, garantizándose: (...)

III. el acceso de la persona al contenido de su historial o de persona por ella autorizada, y la garantía de envío y entrega de copia, en caso de encaminamiento a otro servicio o cambio de domicilio;

IV. la obtención de laudo, informe y certificado médico, siempre que lo justifique su situación de salud; (...).

**ARTÍCULO 15. Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se debe asentar:**

**a. La fecha de inicio de su confección;**

**b. Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;**

**c. Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;**

**d. Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;**

**e. Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos del paciente, si los hubiere;**

**f. En el caso de las historias clínicas odontológicas, éstas deben contener registros odontológicos que permitan la identificación del paciente;**

**g. Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.**

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e), f) y g) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

Para el caso del inciso f) debe confeccionarse el registro odontológico, integrante de la historia clínica, en el que se deben individualizar las piezas dentales del paciente en forma estandarizada, según el sistema dígito dos o binario, conforme al sistema de marcación y colores que establezca la reglamentación.

(Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.812 B.O. 21/1/2013)

### **15.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 42 CN; art. 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

## 15.2 Comentario

El art. 15 de la ley establece los contenidos mínimos con que debe contar la HC, sin excluir por ello los que pueden sumarse desde otras normas de la ley o de la reglamentación (que, por otra parte, no podrá acotarlos).

Asimismo, tratándose de una ley de orden público (art. 23), considero que sus disposiciones son imperativas, por lo cual las partes no pueden dejarlas válidamente de lado convencionalmente, lo cual es igual a decir que el médico y el paciente no pueden lícitamente convenir la exclusión de algunos de sus contenidos.

El art. 15 del Anexo del decreto reglamentario reza:

En la historia clínica deberán constar fehacientemente, además de lo exigido por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, el nombre y apellido del paciente, su número de documento nacional de identidad, pasaporte o cédula, su sexo, su edad, su teléfono, dirección y aquellos antecedentes sociales, y/u otros que se consideren importantes para su tratamiento.

Todas las actuaciones de los profesionales y auxiliares de la salud deberán contener la fecha y la hora de la actuación, que deberá ser asentada inmediatamente a que la misma se hubiera realizado. Todos los asientos serán incorporados en letra clara y con una redacción comprensible.

Con esa finalidad, la Historia Clínica no deberá tener tachaduras, ni se podrá escribir sobre lo ya escrito. No se podrá borrar y escribir sobre lo quitado. Se debe evitar dejar espacios en blanco y ante una equivocación deberá escribirse “ERROR” y hacer la aclaración pertinente en el espacio subsiguiente. No se deberá incluir texto interlineado.

Se debe evitar la utilización de abreviaturas y, en su caso, aclarar el significado de las empleadas.

Los asientos que correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del artículo que se reglamenta deberán confeccionarse sobre la base de nomenclaturas CIE 10 de la ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) o las que en el futuro determine la autoridad de aplicación.

Pero el contenido de la HC no se limita a lo ya expresado, pues el art. 16 de la ley integra también a la HC otros importantes elementos.

### **15.3 Derecho comparado de América del Sur**

#### 15.3.1 Brasil:

Carta de los derechos de los usuarios de la salud (Ley Portaria nº 1.820/2009): Artículo 3: Toda persona tiene derecho al tratamiento adecuado y en tiempo oportuno para resolver su problema de salud.

Párrafo único. Es derecho de la persona tener atención adecuada, con calidad, en el momento oportuno y con garantía de continuidad del tratamiento, y para ello debe garantizarse: (...)

IV. registro actualizado y legible en el registro de las siguientes informaciones:

E. motivo de la atención y / o internación;

F. datos de observación y evolución clínica;

G. prescripción terapéutica;

H. evaluaciones de los profesionales del equipo;

I. procedimientos y cuidados de enfermería;

J. cuando sea el caso, procedimientos quirúrgicos y anestésicos, odontológicos, resultados de exámenes complementarios laborales y radiológicas;

K. la cantidad de sangre recibida y los datos que garanticen la calidad de la sangre, como origen, serologías efectuadas y plazo de validez;

L. identificación del responsable de las anotaciones;

M. cualquier otra información que sea necesaria (...).

**ARTÍCULO 16. Integridad.** Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve resumen del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

### **16.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 42 CN; art. 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

### **16.2 Concordancia con el CCC:**

Arts. 58, 59 y ccs.

### **16.3 Comentario**

Varias son las acotaciones que merece el art. 16 de la Ley 26.529.

En primer lugar, al prever que los estudios realizados al paciente integren la HC (por ejemplo, un análisis sanguíneo, o un estudio patológico), pueden generarse reticencias –por parte de los profesionales o las instituciones- a entregar tales estudios al paciente, fundadas en la necesidad de conservarlos en la HC. Evidentemente, ello podría solucionarse con la extracción de una simple copia de los documentos en cuestión, pero a menudo tales copias no se realizan, lo cual implica o bien que el paciente resigne su derecho a llevarse sus estudios, o bien que la HC se quede sin ellos, violentándose el contenido de la norma comentada. Es importante concientizar a los actores para que el cumplimiento de lo dispuesto sea una realidad en todos los casos.

En segundo término, es oportuno advertir que la ley insiste en confundir el consentimiento informado con el instrumento que

puede formalizarlo, pues determina que la HC debe integrarse con “los consentimientos informados”, cuando en realidad correspondería hacer mención a los instrumentos en los cuales se plasmaron los procesos de consentimiento informado.

No se trata de una cuestión menor, pues lo dicho es congruente con otras normas de la ley, en las que se incursiona (¿involuntariamente?) en el mismo error conceptual. El consentimiento informado es un pilar del derecho a la disposición del propio cuerpo del paciente, de su derecho a la salud, y de su autonomía de voluntad.<sup>96</sup> Y también es medular desde la óptica de la relación médico-paciente, como ya expresé.

La posición adoptada por la ley parece preocuparse más por facilitar la prueba del consentimiento (confundiendo forma con fondo) por parte de quienes necesitan hacerlo, que por construir una relación médico-paciente cimentada en los derechos de este último.

**ARTÍCULO 17. Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá ser comunicada al mismo.**

### **17.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 42 CN.

### **17.2 Comentario**

Sabiamente, el art. 17 de la ley establece que la HC tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá ser comunicada al mismo. Por su parte, la reglamentación indica que

<sup>96</sup> Uno de los principios bioéticos es precisamente el de Autonomía.

Los establecimientos asistenciales públicos o privados comprendidos por esta ley deberán contar con una única historia clínica por paciente, la cual deberá ser identificable por medio de una clave o código único, o número de documento de identidad. Los establecimientos tendrán un plazo de TRESCIENTOS SESENTA Y CINCO (365) días desde la entrada en vigencia del presente decreto para el cumplimiento de la obligación prevista en este artículo y para comunicar la clave respectiva a cada paciente (art. 17 del Anexo del decreto reglamentario).

Lo antedicho tiende a evitar la pluralidad de HC del mismo sujeto dentro de un establecimiento, algo muy común en casos de que la misma persona sea tratada por diferentes profesionales en la misma institución. Es importante que la HC sea sólo una, sobre todo desde una visión integradora de la salud, ya que los datos consignados por un profesional pueden ser determinantes para otro.

Ahora bien, si la HC de un paciente -dentro de la misma institución- es única, es muy probable que en ella intervengan varios profesionales, sobre todo con el proceso de especialización que ha sufrido la medicina durante las últimas décadas. Siendo ello así, podemos imaginarnos a un profesional de la salud tomando conocimiento de la totalidad de la HC de su paciente, llegando entonces a datos consignados por otros profesionales, simplemente mediante un “clic” en la pantalla de su computadora. Para eso, ¿necesita de la previa autorización del paciente, conforme lo determina el art. 19 inc. c) de la ley? Si bien la respuesta positiva resulta poco práctica y excesivamente celosa de ciertos intereses en desmedro de otros, ella se desprende del análisis holístico de la letra de la ley. En éste, como en otros casos, creo que el legislador ha quedado aprisionado entre sus bien intencionadas normas, cuya interpretación y aplicación requieren de algo más que su análisis literal, priorizando el razonamiento teleológico sobre cualquier otra especulación. De este modo, lo razonable es permitir a un médico consultar libremente la totalidad del contenido de la HC única de su paciente, con el fin de tomar cabal conocimiento de los antecedentes del caso y así poder sugerir las medidas adecuadas para el estado de salud de aquél. Felizmente, la reglamentación establece esta solución (art. 19 del Anexo del decreto reglamentario).

**ARTÍCULO 18. Inviolabilidad. Depositarios.** La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, “Del depósito”, y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años, de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

### **18.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 19, 42, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 1, 5, 11 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 12, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5, 11 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 17 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 22 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **18.2 Concordancia con el CCC:**

Arts. 51, 52, 53, 1356 y ss., y ccs.

### 18.3 Comentario

La reglamentación es detallada, al determinar que

Una vez vencido el plazo de DIEZ (10) años previsto en el artículo 18 de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742, el depositario podrá proceder a: a) Entregar la Historia Clínica al paciente b) Llegar a un acuerdo con el paciente para continuar con el depósito de la historia clínica, fijando la condición del mismo c) Su informatización, microfilmación u otro mecanismo idóneo para resguardar la información allí contenida.

No obstante, si transcurridos los DIEZ (10) años, el paciente no expresara interés en disponer del original de su historia Clínica, podrá ser destruida toda constancia de ella.

Los efectores de salud deberán comunicar a los pacientes que la Historia Clínica está a su disposición, al menos SEIS (6) meses antes del vencimiento de este plazo, por un medio fehaciente al último domicilio que hubiere denunciado.

Mientras se mantenga en custodia la Historia Clínica, se permitirá el acceso a la misma, por parte de los profesionales de la salud en los siguientes casos: a) Cuando se trate de los profesionales tratantes b) Cuando se encuentre en peligro la protección de la salud pública o la salud o la vida de otras persona/s, por parte de quienes disponga fundadamente la autoridad sanitaria c) Cuando sea necesario el acceso a la información para la realización de auditorías médicas o la labor de los agentes del seguro de salud, siempre y cuando se adopten mecanismos de resguardo de la confidencialidad de los datos inherentes al paciente.

La disposición de las Historias Clínicas se realizará de manera que se garantice la privacidad de los datos incorporados a la misma. La obligación impuesta por la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742, a los establecimientos y profesionales de la salud, referida a la conservación de las historias clínicas por el plazo de DIEZ (10) años, en carácter de depositarios, comprende instrumentar y prever los medios y recursos necesarios aún en los casos de cese de actividad,

concurso o quiebra, así como también compromete el acervo hereditario de los profesionales de la salud autónomos fallecidos.

En los supuestos enumerados en el párrafo precedente, los obligados legales o sus herederos pueden publicar edictos dando a conocer la circunstancia de cese, quiebra, concurso o fallecimiento, a los efectos de que en un plazo de TREINTA (30) días hábiles los pacientes o los agentes del sistema nacional del seguro de salud, con autorización del paciente respectivo, retiren los originales de la historia clínica. Aún en ese supuesto por el plazo legal debe conservarse una copia microfilmada certificada por escribano público o autoridad judicial competente, de cada Historia clínica, junto al recibo de recepción del original rubricado por el paciente y eventualmente depositarse judicialmente.

Con respecto a la mención que la ley hace de las “disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III del Título XV del Código Civil”, cabe consignar que tal referencia se correspondía con el régimen derogado, pues el nuevo Código Civil y Comercial regula el contrato de depósito en Libro III, Título IV, Capítulo XI (arts. 1356 y ss.); razón por la cual debería reformarse la norma comentada para su debida adecuación al derecho vigente.

Con respecto al plazo de diez años previsto como mínimo para la guarda y custodia de la HC, también cabe la posibilidad de su reforma. Ello, porque el plazo decenal era el previsto para la prescripción de la acción por el viejo CC para la responsabilidad contractual, y también como plazo “residual”; pero en la actualidad el plazo genérico dispuesto en el CCyC es de cinco años, y es válido tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual (art 2560). Por supuesto que ello es debatible, pues si bien la adecuación del plazo tendría sentido viendo a la HC como un elemento probatorio importante en el plano judicial, el mantenimiento del plazo decenal se justificaría desde el cuidado de la salud del paciente, quien tendría acceso a la información contenida en su HC por más tiempo y eso posibilitaría un eventual tratamiento adecuado de su salud durante un período mayor.

## 18.4 Derecho comparado de América del Sur

### 18.4.1 Chile:

Ley 20.584: Artículo 13: La ficha clínica permanecerá por un período de al menos quince años en poder del prestador, quien será responsable de la reserva de su contenido. Un reglamento expedido a través del Ministerio de Salud establecerá la forma y las condiciones bajo las cuales los prestadores almacenarán las fichas, así como las normas necesarias para su administración, adecuada protección y eliminación.

Los terceros que no estén directamente relacionados con la atención de salud de la persona no tendrán acceso a la información contenida en la respectiva ficha clínica. Ello incluye al personal de salud y administrativo del mismo prestador, no vinculado a la atención de la persona.

Sin perjuicio de lo anterior, la información contenida en la ficha, copia de la misma o parte de ella, será entregada, total o parcialmente, a solicitud expresa de las personas y organismos que se indican a continuación, en los casos, forma y condiciones que se señalan:

- a. Al titular de la ficha clínica, a su representante legal o, en caso de fallecimiento del titular, a sus herederos.
- b. A un tercero debidamente autorizado por el titular, mediante poder simple otorgado ante notario.
- c. A los tribunales de justicia, siempre que la información contenida en la ficha clínica se relacione con las causas que estuvieren conociendo.
- d. A los fiscales del Ministerio Público y a los abogados, previa autorización del juez competente, cuando la información se vincule directamente con las investigaciones o defensas que tengan a su cargo.
- e. Al Instituto de Salud Pública, en el ejercicio de sus facultades.

Las instituciones y personas indicadas precedentemente adoptarán las providencias necesarias para asegurar la reserva de la identidad del

titular las fichas clínicas a las que accedan, de los datos médicos, genéticos u otros de carácter sensible contenidos en ellas y para que toda esta información sea utilizada exclusivamente para los fines para los cuales fue requerida.

#### 18.4.2 Colombia:

Ley estatutaria 1751: Artículo 10: Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...) g. A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma; (...).

### 8.5 Jurisprudencia.

FALLO DE LA EXCMA. SUPREMA CORTE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES REFERIDO A LAS CONSECUENCIAS DEL EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA: “(...) El extravío de la historia clínica por parte del establecimiento asistencial puede ser valorado como una presunción en su contra, habida cuenta de la importancia probatoria que la misma reviste, dado que allí se vuelcan las distintas secuencias médicas del paciente, documentando cada una de las prácticas a las que se le somete; siendo el establecimiento responsable no sólo de su confección de acuerdo a las normas, sino de su custodia y conservación así como de la denuncia de su pérdida” (SCBA, 22-08-95, “C., J. E c. Clínica Privada”).

**ARTÍCULO 19. Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:**

**a. El paciente y su representante legal;**

**b. El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla;**

**c. Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.**

**A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.**

### **19.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 14, 42, 43, 75 incs. 22 y 23 CN; arts. 2, 5, 11, 17 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 2, 6, 7, 12, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1, 3, 5, 11, 24 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 16, 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; arts. 5, 12, 22 y 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

### **19.2 Concordancia con el CCC:**

Arts. 24, 26, 31, 32, 38, 43 y ccs.

### 19.3 Comentario

Luego de establecer la inviolabilidad de la HC (art. 18), la ley enumera taxativamente a los sujetos legitimados para solicitarla a sus depositarios (art. 19). En efecto, esta última norma establece que “(...) se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) El paciente y su representante legal; b) El cónyuge<sup>97</sup> o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo<sup>98</sup> según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla, c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar<sup>99</sup>, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal (...)”.

Si bien la redacción de la norma no es del todo clara, en el inciso b), parece exigir la autorización del paciente sólo ante el pedido de los herederos forzosos, y no del cónyuge o conviviente. Sin embargo, como se verá más adelante, la reglamentación exige la autorización referida también al cónyuge o conviviente. Asimismo, al consignar que la autorización no es necesaria cuando el titular de la HC está imposibilitado de darla, lógicamente se plantea el caso de imposibilidad temporal del paciente (por ejemplo, por estar en estado de coma). En cuanto a la posible solicitud de los parientes luego del fallecimiento

97 Considero acertado que la norma no haya establecido redundantemente, como otras, las palabras “no divorciado” luego del vocablo “cónyuge”, pues el divorcio extingue el vínculo conyugal, por lo cual el estado conyugal excluye al divorcio, y se supone entonces que ser “cónyuge” implica no estar divorciado. Por lo tanto, es evidente que la ley no permite a una persona solicitar la HC de su ex-cónyuge (ya divorciado).

98 Esta disposición es coherente con la tendencia legal claramente dispuesta en el país a través del llamado “matrimonio igualitario”, y es plausible que así sea. Si se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, y por otro lado son crecientes los efectos legalmente reconocidos a las uniones de hecho, es lógico concluir con la legitimación de una persona (sea del sexo que sea) para solicitar la HC de su conviviente.

99 Aquí se advierte la importancia de los datos consignados en la HC para determinar los tratamientos y las prácticas a seguir para el cuidado de su salud y de su vida de acuerdo a sus antecedentes, como se consignó con anterioridad.

del titular de la HC, la cuestión está zanjada en el ya citado art. 14 del Anexo del decreto reglamentario pertinente.

Siendo que tanto en el inciso a) como en el c) del artículo 19 se plantea la posibilidad de que la actuación del paciente sea suplida por la de su representante legal, no encuentro razón suficiente para que en el inciso b) no se posibilite que la autorización del paciente sea suplida por la de su representante legal. De todos modos, una vez más advierto que con el nuevo tratamiento que nuestro CCC otorga a la capacidad de ejercicio, deberían reformarse las normas referidas a la representación legal, para incorporar los sistemas de apoyo dispuestos para los numerosos casos de capacidad restringida.

Cabe consignar que mientras la Ley de Salud Mental 26.657 prevé el derecho del asistido, abogado, familiar o allegado que éste designe, a acceder a los antecedentes y datos incluidos en la historia clínica (en su art. 7, inc. g), la ley sobre derechos de los pacientes establece que

(...) se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica: a) El paciente y su representante legal; b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla, c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal (...) (art 19).

Como puede observarse, el contenido de ambas leyes –sobre el mismo tema- no es el mismo. En virtud de los principios generales en materia de vigencia de las normas, considero que la ley posterior y específica (ley de salud mental) debe prevalecer sobre la anterior y general (ley sobre los derechos de los pacientes).

La reglamentación del art. 19 de la Ley 26.529, en el art. 19 del Anexo, expresa:

Mientras la Historia Clínica se encuentre en poder del prestador de salud que la emitió, ante la solicitud del legitimado para pedir una copia, se deberá entregar un ejemplar de la misma en forma impresa y firmada por el responsable autorizado a tales efectos. Los costos que el cumplimiento del presente genere serán a cargo del solicitante

cuando correspondiere. En caso de no poder afrontar el solicitante el costo de la copia de la historia clínica, la misma se entregará en forma gratuita.

a) El paciente y su representante legal o quienes consientan en nombre del paciente por representación podrán requerir la historia clínica por sí mismos, sin necesidad de expresión de causa, la que deberá ser entregada en los tiempos que establece el artículo 14 de la ley y este decreto reglamentario.

b) El cónyuge, conviviente o los herederos universales forzosos sólo podrán requerir la entrega de una copia de la historia clínica presentando autorización escrita del paciente. El cónyuge deberá acreditar su vínculo con la documentación que la legislación determine. El conviviente acreditará su vínculo mediante la certificación de la unión de hecho por parte de la autoridad local, información sumaria judicial o administrativa.

Los herederos universales deberán acreditar su vínculo con la documentación correspondiente y les será requerida en su caso, la autorización del paciente.

Los casos en los que el paciente se encuentre imposibilitado de dar la autorización requerida deberán ser acreditados mediante certificado médico o prueba documental, para que pueda ser entregada la copia a las personas enunciadas en los artículos 4° y 6° de la Ley N° 26.529, modificada por la Ley N° 26.742 y esta reglamentación.

c) Quedan eximidos de la obligación de presentar autorización aquellos profesionales de la salud que al momento de requerir la Historia Clínica sean los responsables del tratamiento del titular de la misma. La autoridad sanitaria que debe certificar las copias es el director médico del establecimiento o personal jerárquico por él determinado.

Cuando el original de la historia clínica sea requerida judicialmente, deberá permanecer en el establecimiento asistencial, una copia de resguardo debidamente certificada por sus autoridades, asentándose en el original y en la copia de resguardo los datos de los autos que motivan tal solicitud, el juzgado requirente y la fecha de remisión.

Por último, resulta oportuno tener en cuenta que la inviolabilidad de la HC dispuesta en el art. 18, así como la limitada legitimación para tomar conocimiento de la HC establecida en el art. 19, están enmarcadas dentro del derecho a la intimidad de los pacientes consagrado en el art. 2 inc. c)<sup>100</sup>; y de la confidencialidad prevista en el art. 2 inc. d).<sup>101</sup>

## 19.4 Derecho comparado de América del Sur

### 19.4.1 Colombia:

Ley estatutaria 1751: Artículo 10: Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...) g. A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley, y a poder consultar la totalidad de su historia clínica en forma gratuita y a obtener copia de la misma; (...).

**ARTÍCULO 20. Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción**

100 Dicha norma expresa: “Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley nº 25.326”.

101 Tal inciso establece: “El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente”.

**directa de “habeas data” a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.**

## **20.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 14, 42, 43, 75 inc. 22 CN; arts. 11, 18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 5 Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 12 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 2, 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

## **20.2 Comentario**

Recuérdese que la entrega de la copia de la HC debe realizarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo emergencia –en tal caso, obviamente, el plazo será menor- conforme a lo previsto en el art. 14 de la ley analizada.

La facilitación del acceso a la justicia es clara en la determinación de la gratuidad del proceso, lo cual no hace más que probar la gran importancia e implicancia de los derechos en juego desde la óptica legal.

Por su parte, la reglamentación indica, en su art. 20:

Vencidos los plazos previstos en el artículo 14 de la Ley N° 26.529 modificada por la Ley N° 26.742 y esta reglamentación sin que se satisfaga el pedido, o evacuado el informe de la Historia Clínica éste se estimará insuficiente, quedará expedita la acción de protección de los datos personales o de habeas data prevista en la Ley N° 25.326, sin perjuicio de las sanciones que correspondan al establecimiento de salud respectivo.

**ARTÍCULO 21. Sanciones.** Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

### **21.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 18, 42 CN; art. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### **21.2 Concordancia con el CCC:**

Arts. 1708 y ss.

### **21.3 Comentario**

A efectos de concientizar de la importancia de esta ley a los profesionales de la salud y a los responsables de los centros asistenciales, se califica su incumplimiento como de “falta grave”.

Metodológicamente, este artículo no debió incluirse en el Capítulo IV (referido a la HC), sino en el Capítulo V (disposiciones generales), ya que se refiere al posible incumplimiento de cualquiera de las normas de la ley, y no sólo a lo determinado en la órbita de la HC. Igual comentario es válido respecto al art. 11 bis, al cual me remito.

## **21.4 Derecho comparado de América del Sur**

### 21.4.1 Uruguay:

Ley 18.335: Artículo 25: Las infracciones a la presente ley determinarán la aplicación de las sanciones administrativas previstas en la normativa vigente en las instituciones o en el ámbito del Ministerio de Salud Pública, sin perjuicio de otras acciones que se puedan derivar de su violación.

Artículo 26: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, los agrupamientos de trabajadores de la salud con personería jurídica, podrán juzgar la conducta profesional de sus afiliados de acuerdo a sus estatutos.

## **CAPÍTULO V**

### **Disposiciones generales**

**ARTÍCULO 22. Autoridad de aplicación nacional y local.** Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local.

Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia.

#### **22.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 1, 5, 121 CN; art. 28 Convención Americana sobre Derechos Humanos.

#### **22.2 Derecho comparado de América del Sur**

##### **22.2.1 Chile:**

Ley 20.584: Artículo 38: Corresponderá a los prestadores públicos y privados dar cumplimiento a los derechos que esta ley consagra a todas las personas. En el caso de los prestadores institucionales públicos, deberán, además, adoptar las medidas que sean necesarias para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios, mediante los procedimientos administrativos o procesos de calificación correspondientes.

La Superintendencia de Salud, a través de su Intendencia de Prestadores, controlará el cumplimiento de esta ley por los prestadores de salud públicos y privados, recomendando la adopción de medidas necesarias para corregir las irregularidades que se detecten.

En el caso de que ellas no sean corregidas dentro de los plazos fijados para este efecto por el Intendente de Prestadores, éste ordenará dejar constancia de ello al prestador en un lugar visible, para conocimiento público, dentro del establecimiento de que se trate.

Si transcurrido el plazo que fijare el Intendente de Prestadores para la solución de las irregularidades, el que no excederá de dos meses, el prestador no cumpliera la orden, será sancionado de acuerdo con las normas establecidas en los Títulos IV y V del Capítulo VII, del Libro I del decreto con fuerza de Ley N°1, de 2006, del Ministerio de Salud.

En contra de las sanciones aplicadas el prestador podrá interponer los recursos de reposición y jerárquico, en los términos del Párrafo 2° del Capítulo IV de la Ley N° 19.880.

**ARTÍCULO 23. Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación.**

**23.1 Concordancia con el CCC:**

Arts. 5, 6, 7, 12.

**ARTÍCULO 24. Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación.**

**24.1 Concordancias constitucionales:**

Art. 99 incs. 2 y 3 CN.

**ARTÍCULO 25. Comuníquese al Poder Ejecutivo.**

**25.1 Concordancias constitucionales:**

Arts. 78, 99 incs. 2 y 3 CN.

## **LEY 26.529**

### **Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado**

ARTÍCULO 1. Ámbito de aplicación. El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.

#### **Capítulo I**

##### **DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACIÓN CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD**

ARTÍCULO 2. Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

a. Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;

b. Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socio-culturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea

el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;

c. Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d. Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e. Autonomía de la voluntad. 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.

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.

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 proce-

dimientos 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. *(Inciso sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)*

f. Información Sanitaria. El paciente tiene 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.

g. Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

## **Capítulo II**

### DE LA INFORMACIÓN SANITARIA

ARTÍCULO 3. Definición. 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 fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

ARTÍCULO 4. Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender

la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

### **Capítulo III**

#### **DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO**

**ARTÍCULO 5.** Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a. Su estado de salud;
- b. El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c. Los beneficios esperados del procedimiento;
- d. Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e. La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f. Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
- 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 reti-

ro 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.

*(Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)*

**ARTÍCULO 6. Obligatoriedad.** Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen 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 artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. *(Artículo sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)*

**ARTÍCULO 7. Instrumentación.** El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:

- 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 artículo 5º deberá dejarse constancia de la información por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes del acto. (*Inciso incorporado por art. 4º de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012*)

ARTÍCULO 8. Exposición con fines académicos. Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.

ARTÍCULO 9. Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

a. Cuando mediare grave peligro para la salud pública;

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

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

ARTÍCULO 10. Revocabilidad. 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 fehaciente-

mente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsible que la decisión implica.

Las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193 podrán revocar su anterior decisión con los requisitos y en el orden de prelación allí establecido.

Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. *(Artículo sustituido por art. 5° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)*

**ARTÍCULO 11.** Directivas anticipadas. 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 deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó. *(Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)*

**ARTÍCULO 11 BIS:** 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. *(Artículo incorporado por art. 7° de la Ley N° 26.742 B.O. 24/5/2012)*

## **Capítulo IV**

### **DE LA HISTORIA CLÍNICA**

**ARTÍCULO 12.** Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico,

foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

ARTÍCULO 13. Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

ARTÍCULO 14. Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

ARTÍCULO 15. Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se debe asentar:

- a. La fecha de inicio de su confección;
- b. Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
- c. Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- d. Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;

- e. Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos del paciente, si los hubiere;
- f. En el caso de las historias clínicas odontológicas, éstas deben contener registros odontológicos que permitan la identificación del paciente;
- g. Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e), f) y g) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

Para el caso del inciso f) debe confeccionarse el registro odontológico, integrante de la historia clínica, en el que se deben individualizar las piezas dentales del paciente en forma estandarizada, según el sistema dígito dos o binario, conforme al sistema de marcación y colores que establezca la reglamentación. (*Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.812 B.O. 21/1/2013*)

**ARTÍCULO 16. Integridad.** Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

ARTÍCULO 17. Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una “clave uniforme”, la que deberá ser comunicada al mismo.

ARTÍCULO 18. Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, “Del depósito”, y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

ARTÍCULO 19. Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

- a. El paciente y su representante legal;
- b. El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla;
- c. Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

**ARTÍCULO 20. Negativa. Acción.** Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de “habeas data” a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

**ARTÍCULO 21. Sanciones.** Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

## **Capítulo V**

### **DISPOSICIONES GENERALES**

**ARTÍCULO 22. Autoridad de aplicación nacional y local.** Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el

Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local.

Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia.

ARTÍCULO 23. Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación.

ARTÍCULO 24. Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación.

ARTÍCULO 25. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

## BIBLIOGRAFÍA y demás fuentes

- ABBIATI, Luis Enrique; “Directivas Anticipadas y Acto Jurídico”, en “Revista Jurídica”, Año 4, Número 4, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, 2009.
- ABBIATI, Luis Enrique; BUENANUEVA, Roberto Mariano; NAMAN, María Emilia y URQUIZO, Pedro Javier; “Algunas consideraciones sobre las Declaraciones de Voluntad Vital”; J.A. XI, número especial de Bioética, 28/10/2009.
- ABBIATI, Luis Enrique; conferencia brindada en el marco de las XV Jornadas Argentinas de Bioética, Santa Rosa, La Pampa, octubre de 2011.
- AIZENBERG, Marisa; “El consentimiento como un ‘cheque en blanco’”, nota a fallo en <http://marisaizenberg.blogspot.com.ar>, publicada el 07/09/2016.
- ALBANESE, Susana; “Relación médico-paciente: el derecho a informar y el acceso a la historia clínica”, nota a fallo publicada en L.L. del 05/08/1991.
- ÁVALOS, Eduardo; “Derecho a la salud: Una visión desde la jurisprudencia”, L.L. Suplemento Constitucional, septiembre de 2015, nº 6.
- BERBERE DELGADO, Jorge Carlos; “Las directivas anticipadas sobre la salud, su autenticidad y validez jurídica en un marco de especial significación”, J.A. 2015-II, Bs. As., 13 de mayo de 2015.
- BERGEL; Salvador Darío; “La elaboración de leyes sobre bioética”, L.L. Año LXXV Nº 171, Bs. As., 8 de septiembre de 2011.
- BOLETÍN OFICIAL de la República Argentina.
- BROEKMAN, Jan M.; “Bioética y Ciudadanía”, en J.A. 2001-IV, fascículo 11, Número Especial Bioética 1ra. Parte.
- C.N.Civ. Sala B, Sumario Nº 19.107 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de dicha Cámara, 15/12/2010, Lexis Nº 10 del año 2.010.
- C.N.Civ. Sala K del 28/9/2006, dictamen de la Defensora de Menores, Lexis Nº 10 del año 2.010.
- C.N.Civ. Sala C; “Del V., J. L.”, CNCiv. Sala C, 12/08/1985, LL 1985-E.

- C.N.Civ. Sala G; “Gallacher s/ Autorización”, publicado y comentado en E.D., 25/10/95.
- CARAMELO, Gustavo; “Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos”, en “Derecho Privado”, Año I N° 1, Bioderecho, Infojus, Bs. As., mayo de 2012.
- CIFUENTES, Santos; RIVAS MOLINA, Andrés; TISCORNIA, Bartolomé, “Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados”, Ed. Hammurabi, 2ª edición, Bs. As., 1997.
- CIURO CALDANI, Miguel A.; “La elaboración de las normas del Bioderecho”, en J.A. del 28 de octubre de 1998, número especial de Bioética.
- Código Civil Argentino comentado y concordado por SALERNO, Marcelo U., y LAGOMARSINO, Carlos A. R., Editorial Heliasta, Bs. As., 2000.
- C.S.J.N.; “A. N., J. W. s/ medidas precautorias”, 01 de junio de 2012.
- C.S.J.N.; “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, 01 de junio de 2012.
- C.S.J.N.; “Bahamondez, Marcelo s/ Medida cautelar” (E.D. del 4/8/93).
- C.S.J.N.; D., M. A. s/ declaración de incapacidad AR/JUR/24366/2015.
- CRESPI DRAGO, Roberto, y VALENTE, Luis Alberto; en “Las denominadas instrucciones o directivas anticipadas - el llamado testamento vital o living will - (las advanced directives)”, UNLP 2005-36.
- D'ANTONIO, Convención sobre los Derechos del Niño, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001.
- DI DOMÉNICO, Cristina; “Consentimiento informado e innovación científico-tecnológica”, en J.A. del 28 de octubre de 1998, número especial de Bioética.
- Diario La Capital, de Rosario, en su edición del 23 de septiembre de 2003.
- Diario La Nación, 2 de octubre de 2011.
- FAMÁ, María Victoria; “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 20 de octubre de 2015.
- FLAH, Lily R., “Directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial”, La Ley, 15 de septiembre de 2015.
- GIL DOMÍNGUEZ-FAMA-HERRERA; Ley de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes. Derecho constitucional de familia. Comentada, anotada, concordada, Ed. EDIAR, Bs. As., 2007.
- HIGHTON, Elena I., y WIERZBA, Sandra M.; “La relación médico-paciente: el consentimiento informado”, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1991.
- HIRUELA, Omar F. e HIRUELA de FERNÁNDEZ, María del P.; “El denominado ‘testamento vital’ y el derecho a morir dignamente”, J.A. Número Especial Bioética, 2004-IV.

- Juzgado Criminal y Correccional n° 3 de Mar del Plata; “Servicio de Salud Mental del Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata s. Amparo”, JA, 06 de julio de 1994, con notas de Augusto M. MORELLO y de Miguel M. PADILLA.
- Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005, LL 2005-E, 452.
- Juzgado en lo Criminal y Correccional Nro. 1 de Transición de Mar del Plata, 25/07/2005, ll 2005-E, 452.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI; “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en *Bioética y Derecho* (Bergel-Minyersky, compiladores), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2003.
- LAFERRIÈRE, Jorge Nicolás; “El nuevo Código Civil y Comercial y la bioética”, *El Derecho* del 21 de agosto de 2015.
- LAVALLE, Olga O., “Consentimiento informado en adolescentes”, J.A. Número Especial *Bioética*, 01 de noviembre de 2000.
- LORENZETTI, Ricardo; “El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas”, LL 1990-B.
- LLAMBÍAS, Jorge Joaquín; “Tratado de Derecho Civil”, Parte General, 10ª edición, Editorial Perrot, Bs. As., 1984, T. I.
- LLORENS, Luis R.; RAJMIL, Alicia B.; Directivas anticipadas de salud (art. 11 de la ley 26.529)”, L.L. 2009-F.
- LLORENS, Luis Rogelio; “Capacidad jurídica y discapacidad”, Cuaderno de trabajo nro. 1, Argentina; Congreso Permanente sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Bs. As., 2008.
- LLORENS, Luis, y RAJMIL, Alicia B.; “El derecho a la vida, a la salud y la autonomía de las personas” (nota a fallo); LL LXXXVI N° 96, Bs. As., 23 de mayo de 2012.
- MANZINI, Jorge Luis y SALVADOR, Horacio, “La autonomía del paciente y el consentimiento informado”, en *Revista Quirón*, 1993.
- MANZINI, Jorge Luis; “Acerca de los Derechos de los Pacientes, análisis crítico de normativas propuestas”, *Quirón* 1998; nro. 29(1).
- MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela; “Todos somos pacientes”, LL Año LXXXV N° 82, Bs. As., 3 de mayo de 2011, Bs. As.
- MIZRAHI; “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061”, en *Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Emilio García Méndez, (compilador).
- MONTEKIO, Víctor B.; MEDINA, Guadalupe; AQUINO, Rosana; “Sistema de salud de Brasil”, en “*Salud pública de México*”, vol. 53, suplemento 2/2011.

- PELLE, Walter David; “El derecho a la salud y los derechos del paciente: comentarios acerca de un proyecto legislativo”, *Revista Nexos*, Secretaría de Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Año 4, n° 8, Diciembre de 1997.
- PELLE, Walter David; “La persona con discapacidad en el derecho infraconstitucional argentino”, en *Igualdad, no discriminación y discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2007.
- PELLE; Walter David; “La mayoría de edad. ¿Colisión normativa entre el Código Civil y la Convención Sobre los Derechos de Niño?”, *Aequitas* (revista de la Facultad de Derecho de la U.N.M.D.P.), Año III, nro. 11, Octubre de 2002.
- PIROTA, MARTÍN DIEGO; “Responsabilidad médica: situaciones susceptibles de generar mala praxis y de liberar de responsabilidad. Análisis de casos paradigmáticos”, en [www.martindiegopirota.com.ar](http://www.martindiegopirota.com.ar); SAIJ DACF090024.
- ROCCA, Claudia Vivian; “El principio de Autonomía”, en *Revista de la Sociedad de Ética en Medicina*, Año 2004, n° 10.
- ROITMAN, Adriel J., y AIZENBERG, Marisa; “Los derechos de los pacientes y su reconocimiento a nivel nacional”, en L.L. del 29 de diciembre de 2009.
- ROITMAN, Adriel J.; “La muerte digna en el derecho argentino y la ley 26.529”, en *Suplemento Especial Identidad de Género – Muerte Digna*, La Ley, Bs. As., mayo de 2012.
- SAMBRIZZI, Eduardo A.; “Muerte digna: modificación de la ley 26.529 sobre derechos del paciente”, en el mismo *Suplemento Especial*.
- SANTOS MORÓN, María José; “La situación de los discapacitados psíquicos desde la perspectiva del derecho civil”, en la obra en colaboración “Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas”, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2004.
- SAUX, Edgardo, CROVI, Luis D.; “Muerte digna, en pleno debate”, en “Derecho Privado”, Año I N° 1, *Bioderecho*, Infojus, Bs. As., mayo de 2012.
- SCBA, 09/02/2005, S., M. d. C., LLBA 2005 (marzo), 171.
- TINANT, Eduardo L.; “Investigación en salud. Requisitos éticos y jurídicos”, en J.A. 2010-IV, XII Número especial de Bioética.
- TOBIÁS, José W., “Colección de análisis jurisprudencial. Derecho Civil, Parte General”, Ed. La Ley, Bs. As., 2003.
- VÁZQUEZ FERREIRA, “La importancia de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica”, LL 1996-B.

- VILA-CORO, María D.; citada por GHERSI, Carlos A., en “La bioética y el bioderecho. Herramientas del siglo XXI y la época postmoderna”, en J.A. del 28 de octubre de 1998, número especial de Bioética.
- VILLAVERDE, María S.; “La respuesta judicial a las personas con discapacidad. El señorío de la llamada del otro a mi responsabilidad respecto de él”, en Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina, Número especial Discapacidad, 4 de abril de 2002.
- XV Jornadas Argentinas de Bioética celebradas en Santa Rosa en octubre de 2011.

