

Título: **Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma**
Autor: Marrama, Silvia
País:  Argentina
Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 245, 881
Fecha: 11-11-2011 Cita Digital: ED-DCCLXXII-681

Sumarios

1. Introducción. - 2. La enunciación de los derechos del paciente. 2.a. Asistencia (art. 2º, inc. a)]. 2.b. Trato digno y respetuoso (art. 2º, inc. b)]. 2.c. Intimidad (art. 2º, inc. c)]. 2.d. Confidencialidad (art. 2º, inc. d)]. 2.e. Autonomía de la voluntad (art. 2º, inc. e)]. 2.f. Información sanitaria (art. 2º, inc. f)]. - 3. Consentimiento informado. 3.a. Definición (art. 5º). 3.b. Obligatoriedad del consentimiento informado y sus excepciones (art. 6º). 3.c. Forma del consentimiento (art. 7º). 3.d. Revocabilidad (art. 10). 3.e. Directivas anticipadas y exclusión de la eutanasia (art. 11). - 4. Historia clínica (art. 12 a 21). - 5. Situación de los niños. - 6. Conclusiones. *Situaciones de los niños.*

Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma

1

Introducción

Es nuestro propósito realizar una interpretación y análisis crítico de las principales disposiciones de la Ley Nacional 26.529 [www.legislacion.elderecho.com.ar], formulando a continuación propuestas de reforma al texto legal. Estas consideraciones se basan fundamentalmente en la experiencia hospitalaria del Comité de Bioética del Hospital Materno-Infantil “San Roque” de la ciudad de Paraná, que integramos.

2

La enunciación de los derechos del paciente

2.a. Asistencia (art. 2º, inc. a)]

En el art. 2º, inc. a) se define el derecho de asistencia: “Se trata de la explicitación de un derecho fundamental que estaba implícito en la relación médico-paciente y que ahora es positivizado por la ley. En este sentido, la frase final del inciso, por un lado, cuando admite la posibilidad de ‘eximirse del deber de asistencia’, sin explicitar los motivos, está implícitamente reconociendo la ‘objección de conciencia’, que es un reconocido derecho de los profesionales de la salud”(1).

En este sentido, sugerimos que se incorpore *expresamente* la expresión “*derecho de objeción de conciencia*”, para que sea reconocida positivamente en una ley nacional la facultad de todo profesional de la medicina de no cooperar, ni directa ni indirectamente, con una conducta que considera injusta y contraria a los dictados de su conciencia. Asimismo y ante la inexistencia de una ley nacional de objeción de conciencia, deberán establecerse las vías concretas para ejercer tal derecho.

Por otra parte, consideramos prudente la sanción de leyes provinciales de objeción de conciencia en las provincias que aún no cuentan con una(2) y la sanción de una ley nacional. Coincidimos así con lo que sostiene Garay: se impone y es necesario legislar sobre la objeción de conciencia del profesional(3).

Al respecto, la Academia Nacional de Medicina, prestigioso órgano de consulta del Poder Judicial tanto federal como provincial, ha declarado: “Este es un derecho que debe asistir al médico en su actividad profesional”(4).

Acerca de las previsiones legales sobre los menores de edad nos referiremos en el punto 5.

2.b. Trato digno y respetuoso (art. 2º inc. b)]

El término “dignidad”(5) es incorporado expresamente en la Constitución argentina a partir de la reforma de 1994(6), ingresando a través de los tratados internacionales incorporados por el art. 75, inc. 22. Según estos tratados, todos los hombres nacen iguales en dignidad(7) y toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad(8).

La dignidad humana radica en el *carácter espiritual del hombre*, tal como establece el Preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”. Esta dignidad es el fundamento de los derechos esenciales(9) de la persona(10), iguales e inalienables(11) y su reconocimiento constituye la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo(12). Atento a lo expuesto, las cláusulas protectorias de esta dignidad humana son directamente aplicables; son operativas de suyo y obligan a todo órgano estatal.

En definitiva, este inciso de la ley es el reconocimiento de que el paciente goza de la dignidad ínsita a todo ser humano, cualquiera sea su estado de salud, y desde la concepción -punto al cual volveremos al referirnos a los menores- y hasta su muerte natural (de ahí la prohibición de la eutanasia en las directivas anticipadas, regulada por esta misma ley).

El reconocimiento del derecho al respeto del pudor e intimidad del paciente debe interpretarse armónicamente, en caso de una paciente embarazada que va a dar a luz, con lo establecido por la ley 25.929, llamada comúnmente “de parto humanizado”.

Por otra parte, a la par que celebramos el reconocimiento del derecho al respeto del pudor y la intimidad del paciente, consideramos que debe subsanarse la omisión legal de reconocimiento del respeto por sus *convicciones religiosas* (ya que la libertad de culto goza -desde el comienzo del reconocimiento de los derechos humanos en los Tratados Internacionales(13)-, de un lugar preponderante en los mismos; y nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo ha admitido en diversos precedentes(14)).

Asimismo y aunque está contemplado en diversas normas(15), sugerimos que se reconozca expresamente en ésta el derecho del paciente -a la par que es asistido por los profesionales de la medicina- *a recibir asistencia religiosa, moral o espiritual* del ministro del culto que profesa. Esto conlleva -tal como es costumbre en nuestro país y en atención a que la mayoría de los enfermos son católicos y a que la religión católica goza de prerrogativas constitucionales- la necesidad lógica de contar con una capellanía católica en cada hospital, lo cual debería reconocerse asimismo en el texto de la ley que comentamos.

El fundamento de estas dos reformas que propugnamos radica en el mismo concepto de salud, que implica al hombre en su integridad corporal, psicológica y espiritual. Asimismo, nos fundamos en la dignidad humana del paciente que, como antes señalamos, radica -según los tratados de derechos humanos- en su carácter espiritual.

2.c. Intimidad (art. 2º, inc. c))

En este inciso se reitera el reconocimiento de la “dignidad humana” y el derecho a la intimidad, referido a la información y documentación clínica del paciente(16).

En cuanto al “estricto respeto por la (...) autonomía de la voluntad”, desarrollaremos las críticas en los comentarios al inciso e).

2.d. Confidencialidad (art. 2º, inc. d))

La confidencialidad o “devida reserva” de la documentación clínica del paciente es una concretización de su derecho a la intimidad, dejando a salvo la posibilidad de autorizar el paciente su divulgación, o que la misma se realice por disposición judicial(17).

Esta salvedad reviste especial importancia para el caso de los hospitales escuela u hospitales universitarios, y de los hospitales que forman médicos “residentes” o “concurrentes”, ya que la divulgación parcial de los datos de los pacientes entre estos médicos posibilita su formación; y su difusión con finalidades académicas, estadísticas o científicas facilita que se desarrollen proyectos de investigación en los hospitales.

Sin perjuicio de la autorización del paciente o de la orden judicial, se deberá cumplir asimismo con lo establecido por la ley 25.326 de protección de datos personales, tal como lo establece el inciso anterior.

Dada la experiencia adquirida en el análisis de los casos presentados en el Hospital Materno Infantil “San Roque” de la ciudad de Paraná, consideramos que debería preverse la facultad del médico de no permitir el acceso de los representantes legales de los pacientes al contenido de la documentación clínica ni a la información sanitaria (conf. art. 4º), cuando hubiere intereses contrapuestos entre aquellos y éstos(18). En estos casos, la decisión del médico debe ser fundada.

2.e. Autonomía de la voluntad (art. 2º, inc. e))

Tratamos aquí un inciso muy delicado, ya que de su consideración aislada podría entenderse que la libertad del paciente es absoluta (“estricto respeto por la autonomía de la voluntad”, reza la ley en su art. 2º, inc. c)).

Dado que las normas *deben interpretarse armónicamente* -tal como lo establece la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 22-, la autonomía de la voluntad del paciente debe quedar supeditada a bienes de rango superior, tales como la vida y la salud e integridad física, y está asimismo limitada por el orden público, la moral y las buenas costumbres, y el daño a terceros, establecidos por el art. 19 de la CN. Por lo tanto, debería consignarse en forma expresa que la autonomía del paciente no es absoluta sino que está sujeta a límites constitucionales y legales, dado que muchas veces el profesional de la salud, al leer una ley en particular, no tiene presente el ordenamiento jurídico en su conjunto.

El mencionado límite de daño a terceros deben tenerlo particularmente presente los médicos ginecólogos en cuanto a la entrega o distribución de la llamada “píldora del día después” o “anticoncepción de emergencia”, ya que podrían incumplir gravemente la Ley de Defensa del Consumidor e incurrir en delitos penales tales como los tipificados en el art. 201 del cód. penal(19).

“Otro tema especialmente delicado lo constituye a mi juicio el de la esterilización voluntaria contraceptiva cuando incide sobre intereses relevantes de terceros. La ya citada ley 26.130 en efecto, prevé expresamente que la decisión de someterse a la ligadura de trompas o a la vasectomía no requiere el consentimiento del cónyuge o conviviente ni la autorización judicial. Esta solución, en determinadas circunstancias, bien podría considerarse inconstitucional como cuando se priva al otro cónyuge de su esencial vocación a la procreación y a tener descendencia (pienso en el caso de jóvenes recién casados sin hijos)”(20).

Por otra parte, consideramos que debe suprimirse de este inciso la expresión “sin expresión de causa”, dado que toda decisión del paciente que involucre los bienes fundamentales de la vida y la salud debe ser fundada.

Además, gracias a la labor paciente de los médicos, enfermeras y demás personal de los hospitales, hemos constatado a través de entrevistas realizadas por los servicios hospitalarios de trabajo social, que muchas veces los pacientes se niegan a determinados tratamientos por no haber comprendido cabalmente el significado y alcance de los mismos, con lo cual la supresión de la posibilidad de rechazar un determinado tratamiento sin expresar la causa permitirá a los profesionales de la salud continuar indagando sobre la comprensión de la información recibida por el paciente, redundando esto en beneficio del paciente.

La supresión que propugnamos permitirá asimismo mejorar la relación médico-paciente, dado que este inciso la desbalancea, inclinándolo imprudentemente la balanza hacia el paciente, lo cual redundará, finalmente, en su perjuicio, tal como mostramos en el párrafo anterior. Por eso, junto con la libertad que implica la denominada “autonomía de la voluntad”, debe señalarse la responsabilidad del paciente en el cuidado de su propia

vida, que recibe como “don” y que, por tanto, es “indisponible”(21). Por esta razón, reiteramos, esta ley prohíbe la eutanasia en las directivas anticipadas (conf. art. 11).

La libertad del paciente no es absoluta, ya que no podría obligar al médico a dañarlo -por comisión u omisión-, o dañar a un tercero en beneficio propio o de un tercero. Esto último es lo que injustamente autorizan algunos jueces argentinos, ordenando incluso que esos daños sean cubiertos gratuitamente por parte de las obras sociales, empresas de medicina prepaga y demás agentes del sistema de salud. Nos referimos en particular a las técnicas de fecundación artificial, que tienen una tasa de mortandad de embriones -que son personas según el ordenamiento jurídico argentino(22)- del 95%(23).

Por todo ello, promovemos la sustitución de la expresión “autonomía de la voluntad” por “libertad y responsabilidad”, que recoge de forma más adecuada la doble cara de la dinámica propia del paciente en relación con el cuidado de su propia vida y salud(24).

“Por otra parte, no puede dejar de señalarse que la expresión ‘autonomía de la voluntad’ tiene su origen en la dimensión patrimonial-contractual del derecho civil. En este sentido, si bien es cierto que los actos que el paciente realiza en relación a su vida y salud tienen una indudable expresión ‘civil’ como ‘declaración de voluntad’, exceden el ámbito de la autonomía de la voluntad. Es innegable, al respecto, una tensión entre un enfoque más civilista ligado a la teoría de los hechos y actos jurídicos, y un enfoque más publicista, vinculado con el derecho a la vida y la salud y, también, la regulación del ejercicio profesional de la medicina”(25).

2.f. Información sanitaria (art. 2º, inc. f))

Este inciso debe complementarse con lo dispuesto por los arts. 3º y 4º que regulan lo relativo a la información sanitaria. Cabe aquí lo dicho en el punto 2.d) *in fine*.

En cuanto al establecimiento del derecho a “no ser informado”, una interpretación armónica del inciso conlleva reconocer como límite lo establecido por el art. 19, CN, en especial el daño a terceros. Este límite juega especialmente en los casos de padecer quien no desea ser informado, v.gr., una enfermedad infectocontagiosa.

3

Consentimiento informado

3.a. Definición (art. 5º)

“La ley ubica al consentimiento informado entre las ‘declaraciones de voluntad’, impidiendo así considerar este acto entre los ‘actos jurídicos’ o los ‘contratos’ (...) Sin embargo debe observarse que la expresión ‘declaración de voluntad’ no termina de expresar del todo el elemento bilateral propio del consentimiento informado, que se integra no sólo con la conducta del paciente, sino también con la conducta del médico”(26).

Por esta razón, propugnamos la sustitución por la siguiente definición: “El consentimiento informado es la aceptación dada por el paciente o su representante legal a una propuesta terapéutica realizada por el profesional de la salud interviniente, conociendo razonablemente las particularidades de lo que se le propone y sus consecuencias previsibles”.

Este artículo tampoco contempla el carácter dinámico del proceso de consentimiento, que se verifica en muchos de los procedimientos médicos(27). Es decir que el consentimiento informado, la mayoría de las veces, no se realiza en un acto puntual, sino que es un proceso en el marco de la relación médico-paciente.

En cuanto al contenido de la información que debe brindar el médico, si bien la enumeración es amplia y comprende situaciones diagnósticas, preventivas, terapéuticas, clínicas o de rehabilitación, entendemos que debería consignarse expresamente que la enumeración del art. 5º es de “contenidos mínimos”, que podrían y deberían ampliarse en situaciones específicas. Además, proponemos -junto con Laferrière(28)- incorporar a la enumeración del art. 5º la obligación de informar la posibilidad de revocar el consentimiento en los términos del art. 10.

3.b. Obligatoriedad del consentimiento informado y sus excepciones (art. 6º)

Resultan razonables las excepciones legales previstas, especialmente teniendo en cuenta la experiencia del Servicio de Guardias del Hospital Materno-Infantil “San Roque” de Paraná. Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que este régimen de excepciones no es un *numerus clausus*(29).

3.c. Forma del consentimiento (art. 7º)

Esta disposición legal es también razonable y acorde a la costumbre arraigada en la relación médico-paciente. Por otra parte, “recoge la evidente distinción entre el consentimiento, como declaración de voluntad, y la forma en que se plasma tal consentimiento, que puede ser verbal o escrita”(30).

Proponemos que se prevea expresamente como excepción a la oralidad del informe el supuesto en el que el médico considere, por razones de prudencia, realizar el consentimiento informado por escrito, aunque no esté contemplado en los supuestos antes enumerados. La experiencia hospitalaria nos enseña que los pacientes tienen diversas personalidades, conflictos, aprehensiones, etcétera, o diversas situaciones familiares, y pueden darse casos en los que el médico considere conveniente contar con el consentimiento escrito del paciente, aunque las prácticas diagnósticas o terapéuticas no sean riesgosas en sí mismas o invasivas. Por esta razón, promovemos la inclusión de un inciso: “f) Cuando el profesional de la salud interviniente lo considere prudente”.

3.d. Revocabilidad (art. 10)

La revocabilidad permite al paciente revisar la decisión sobre su salud tomada, v.gr., mientras experimentaba un estado anímico que obnubilaba su capacidad de reflexión.

Consideramos que la forma de la revocación debe ser, como regla, la forma escrita -a menos que se trate de la revocación del rechazo del tratamiento(31)-, admitiéndose excepcional y fundadamente la forma oral, lo cual debe consignarse en la historia clínica(32).

3.e. Directivas anticipadas y exclusión de la eutanasia (art. 11)

Proponemos la derogación del artículo, ya que la experiencia hospitalaria y de trato diario con pacientes demuestra que es casi imposible tomar decisiones respecto de la salud propia futura sin tener en cuenta el “aquí” y el “ahora” de la enfermedad que vivirá el paciente, sus circunstancias personales, familiares y sociales futuras, etcétera.

Este artículo acarreará innumerables problemas jurídicos a los hospitales, centros de salud y profesionales de la salud, ya que las “directivas anticipadas” no son compatibles con los institutos jurídicos argentinos. En efecto, no son un testamento (ya que éste produce efectos cuando fallece quien lo otorgó) ni un mandato anticipado (ya que el mandato carece de efectos cuando el paciente se encuentra inconsciente, por ejemplo).

Obviamente, la ley indica que las directivas no podrán implicar “prácticas eutanásicas” y que éstas se tendrán por inexistentes. Esto es consecuencia de lo que establece el ordenamiento jurídico argentino respecto del derecho a la vida, que es el primero y fundamental derecho.

“La delimitación concreta de lo que es ‘práctica eutanásica’ y lo que no lo es resultará de la aplicación de los criterios ético-jurídicos fundamentales que regulan el obrar humano”(33). Por ello, la norma del art. 11 debe interpretarse armónicamente con el resto del ordenamiento jurídico argentino, en especial la Constitución Nacional y el Código Penal, que protegen la vida humana y que sancionan al que matare a otro.

4

Historia clínica (art. 10 a 21(34))

Cabe aquí reiterar que, dada la experiencia adquirida en el análisis de los casos presentados en el Comité de Bioética del Hospital Materno-Infantil que integramos, propugnamos la inclusión de la facultad del médico de no permitir el acceso al paciente y/o sus representantes legales al contenido de la historia clínica, obviamente mediante una decisión fundada.

5

Situación de los niños

Por todo lo expuesto en la nota n° 23, el niño concebido y aún no nacido, es decir, la persona por nacer, es “paciente” en los términos de esta ley y, por tanto, goza de todos los derechos que la ley le reconoce.

Hecha esta salvedad, cabe aclarar: “Si bien el art. 2º, inc. e) establece que ‘los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud’, los arts. 4º, 5º, 8º, 9º, 10 y 19 prevén la intervención de los ‘representantes legales’, referencia que remite a las disposiciones del Código Civil referidas a las personas incapaces de hecho, entre los que se encuentran las personas por nacer y los menores de edad”(35), dado que el derecho-deber de patria potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad es un derecho contemplado por diversos tratados de derechos humanos incorporados al texto constitucional por el art. 75, inc. 22(36).

“En suma, la aptitud para asentir requiere de la capacidad de obrar para el acto, sin perjuicio de la facultad de los menores de edad con la suficiente madurez de ser oídos en los términos de la citada ley (...) Ha de observarse, también, la existencia de normas que amplían la capacidad del menor adulto para prestar el asentimiento para actos médicos específicos. Así, en la ley de trasplantes de órganos, su capacidad para constituirse en dador de médula ósea para trasplante si concurre la voluntad del representante legal y los requisitos de parentesco que prevé esa ley (art. 15, ley 24.193) y la ley 22.290 que otorga capacidad a los menores de dieciséis años para dar sangre con la conformidad de los representantes legales”(37).

Sin embargo, la patria potestad debe ejercerse sin abusos (conf. art. 1971, cód. civil), conforme al principio de razonabilidad establecido por el art. 28, CN y estar legitimada por el fin que los padres persiguen, ya que so pretexto de ejercicio de la patria potestad no puede perpetrarse un daño a los menores, al negar, sin fundamentos científicos(38) y contra la opinión de los profesionales de la medicina intervinientes, el necesario tratamiento terapéutico e incluso los exámenes diagnósticos que sea menester efectuar a los niños.

“La decisión del representante legal está sujeta al contralor judicial, pudiendo ser revisada en caso de resultar abusiva”(39). Es decir que, en caso de que se esgrima irrazonablemente la patria potestad e incluso de configurarse intereses contrapuestos entre los padres y sus hijos, el profesional de la salud interviniente deberá solicitar a la justicia el nombramiento de un tutor, además de la representación promiscua que ejercerá el Defensor de Menores(40).

6

Conclusiones

Promovemos las siguientes interpretaciones y reformas a la ley:

Art. 2º, inc. a): debe incorporarse expresamente la expresión “derecho de objeción de conciencia” y deben sancionarse leyes provinciales y ley nacional de objeción de conciencia.

Art. 2º, inc. b): el reconocimiento del derecho al respeto del pudor e intimidad del paciente debe interpretarse armónicamente, y debe subsanarse la omisión legal de reconocimiento del respeto por las “convicciones religiosas” del paciente. Debe reconocerse expresamente en esta ley el derecho del paciente a recibir asistencia religiosa, moral o espiritual del ministro del culto que profesa. Esto conlleva la necesidad lógica de contar con una capellanía católica en cada hospital, lo cual debe reconocerse asimismo en el texto legal que comentamos.

Art. 2º, inc. d): debe preverse la facultad del médico de no permitir -mediante decisión fundada- el acceso de los representantes legales de los pacientes al contenido de la documentación clínica, cuando hubiere intereses contrapuestos entre aquéllos y éstos.

Art. 2º, incs. c) y e): debe consignarse en forma expresa que la autonomía del paciente no es absoluta sino que está sujeta a límites constitucionales y legales (bienes de rango superior tales como la vida, la salud y la integridad física; el orden público, la moral y las buenas costumbres, y el daño a terceros -conf. art. 19, CN-).

Debe suprimirse la expresión “sin expresión de causa”.

Promovemos la sustitución de la expresión “autonomía de la voluntad” por “libertad y responsabilidad”.

El límite constitucional de daño a terceros debe ser tenido en cuenta particularmente por los médicos ginecólogos en cuanto a la entrega o distribución de la llamada “píldora del día después”, ya que podrían incumplir gravemente la Ley de Defensa del Consumidor e incurrir en delitos penales.

La ley 26.130 de esterilización quirúrgica, por no prever -entre otros- el consentimiento del cónyuge o conviviente ni la autorización judicial, es inconstitucional por violar el art. 19, CN.

Art. 2º, inc. f): una interpretación armónica del inciso conlleva reconocer como límite del “derecho a no ser informado” lo establecido por el art. 19, CN, en especial el daño a terceros.

Art. 5º: propugnamos la sustitución por la siguiente definición: “El consentimiento informado es la aceptación dada por el paciente o su representante legal a una propuesta terapéutica realizada por el profesional de la salud interviniente, conociendo razonablemente las particularidades de lo que se le propone y sus consecuencias previsibles”.

En cuanto al contenido de la información, debe consignarse expresamente que la enumeración del art. 5º es de “contenidos mínimos”.

Arts. 6º y 9º: resultan razonables las excepciones legales previstas, aunque no son un *numerus clausus*.

Art. 7º: promovemos la inclusión de un inciso: “f) Cuando el profesional de la salud interviniente lo considere prudente”.

Art. 10: la forma de la revocación debe ser, como regla, la forma escrita, admitiéndose excepcional y fundadamente la forma oral, lo cual debe consignarse en la historia clínica.

Art. 11: proponemos la derogación del artículo.

Situaciones de los niños

El niño concebido y aún no nacido, es decir, la persona por nacer, es “paciente” en los términos de esta ley, y por lo tanto goza de todos los derechos que la ley le reconoce.

A los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos que involucren la vida o salud de menores de edad, prima el derecho-deber de patria potestad de sus padres, que debe ejercerse de modo no abusivo, por lo cual está sujeta al contralor judicial.

voces: **médico - bioética - intimidad - culto - constitución nacional - derechos humanos - tratados y convenios - hospitales y sanatorios - derechos del consumidor - menores - patria potestad - poder judicial - ministerio público - persona**

(1) Laferrière, Jorge N., Los derechos del paciente y el consentimiento informado en la ley 26.529, Buenos Aires, El Derecho Legislación Argentina, Boletín nº 5, 26-3-10, págs. 7-12.

(2) Por otra parte, este derecho está previsto en varias constituciones provinciales: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 4º; Jujuy, art. 6º, inc. 5º; San Juan, art. 123; Córdoba, art. 17; Buenos Aires, art. 3º in fine; Chubut, art. 17; Santiago del Estero, art. 13; entre otras. En la Constitución de Entre Ríos, el art. 9º establece: “El Estado no podrá dictar leyes ni otras medidas que restrinjan o protejan culto alguno. Es inviolable en el territorio de la Provincia el derecho que todo hombre tiene para profesar su culto libre y públicamente, según los dictados de su conciencia, sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres y el orden público”.

(3) Garay, Oscar E., Análisis crítico de la legislación sanitaria argentina, en LL Sup. Act. 11-6-09, 1.

(4) “En el ejercicio de su profesión, el médico está obligado a aplicar los principios éticos y morales fundamentales que deben regir todo acto médico, basado en la dignidad de la persona humana (...) Distinta es la situación cuando un paciente le exige realizar un procedimiento que el médico, por razones científicas y/o éticas, considera inadecuado o inaceptable, teniendo el derecho de rechazar lo solicitado, si su conciencia considera que este acto se opone a sus convicciones morales. Esto es lo que se denomina objeción de conciencia, la dispensa de la obligación de asistencia que tiene el médico cuando un paciente le solicitara un procedimiento que él juzga inaceptable por razones éticas o científicas. Este es un derecho que debe asistir al médico en su actividad profesional (...) La objeción de conciencia es un testimonio pacífico y apolítico por el cual un médico puede no ejecutar un acto reglamentariamente permitido, sin que ello signifique el rechazo de la persona y el abandono del paciente. En tal sentido, la Academia Nacional de Medicina aboga por el derecho de los médicos a actuar en el ejercicio de la profesión con total libertad de conciencia acorde con la ética y conocimientos científicos”. Declaración de la Academia Nacional de Medicina sobre la Objeción de Conciencia, aprobada por el Plenario Académico en su sesión del 28-9-00, en <http://www.acamedbai.org.ar/pagina/academia/declarac.htm#En%20el%20ejercicio%20de%20su%20profesi%C3%B3n>.

(5) “El término dignidad ha entrado en el constitucionalismo moderno, ya que luego de la derrota del socialismo nacionalista alemán en 1945, que de manera tan horrenda violara los derechos y libertades de los miembros de su nación y de las naciones vecinas, el constituyente de Bonn (1949) quiso en el art. 1º, inc. 1º de la Ley Fundamental proclamar -y como disposición constitucional básica y primordial- que ‘la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público’”. Soto Kloss, Eduardo, Derecho administrativo, Chile, 1996, t. 1. Apéndice 2: La dignidad de la persona humana: noción y fundamentos, págs. 72-79.

(6) Cabe aclarar que el art. 14 bis mencionaba, con anterioridad a la reforma de 1994, “condiciones dignas y equitativas de labor” y “el acceso a una vivienda digna” (el resaltado es nuestro).

(7) Conf. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Preámbulo, párr. 1º, y Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1º.

(8) Conf. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 11, inc. 1º.

(9) También tutelan estos tratados constitucionales la dignidad humana en los diversos ámbitos en que se desenvuelve la vida en sociedad.

(10) Conf. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consid. 2º; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 2º.

(11) Conf. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consid. 2º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consid. 2º; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, consid. 2º.

(12) Conf. Declaración Universal de Derechos Humanos, Preámbulo, párr. 1º; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo, párr. 1º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consid. 1º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consid. 1º; y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes, consid. 1º.

(13) Conf. Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones; Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención sobre los Derechos del Niño; Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

(14) V.gr. Fallos: 265:336, causa E.64.XXIII, "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros" (sent. del 7-7-92 -LL, 1992-C-543-); "Bahamondez, Marcelo" (CS, 6-4-93).

(15) Concordato celebrado entre la Santa Sede y la República Argentina (1966), que establece (art 1º): "El Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos"; ordenanza 38.397 de la Ciudad de Buenos Aires (1982), que organiza lo relativo a los capellanes de hospitales y las religiosas que prestan servicios en ellos; resolución 206/98 de la Secretaría de Salud de la Ciudad de Buenos Aires que fija las condiciones de ingreso de los ministros de culto reconocidos en los establecimientos que dependen de ella, a fin de asistir a quienes pertenezcan a sus comunidades.

(16) Conf. Laferrière, Jorge N., Los derechos del paciente..., cit.

(17) Ídem.

(18) Estos supuestos pueden darse, v.gr., en los casos de representantes legales que hayan cometido delitos contra la integridad sexual o ejercido violencia familiar sobre sus representados, que a su vez revisten la condición de pacientes, en cuyo caso el médico podría negarles a aquellos el acceso a la documentación clínica y ponerla de inmediato a disposición del juez interviniente en el caso, el que deberá ratificar la actuación del médico.

(19) Causa "B., J. A., H., R. E. R. y N., C. D. p.ss.aa. Tráfico de medicamentos peligrosos para la salud" (Expte. Letra "B", n° 028, año 2006, Córdoba), con nota a fallo de Scala, Jorge, Contraceptivos con efectos abortivos, ED, 240-786.

(20) Tobías, José W., El asentimiento del paciente y la ley 26.529, en Academia Nacional de Derecho 2010 (septiembre), 20-1-11, 5 - DFyP, 171.

(21) Conf. Laferrière, Jorge N., Los derechos del paciente..., cit.

(22) Interpretando complementariamente los tratados de derechos humanos del art. 75, inc. 22, es necesario afirmar que la Constitución Argentina protege en la máxima medida posible la vida de los niños desde la concepción, considerándola un derecho intrínseco a todo ser humano, es decir, a toda persona. Así lo entiende también la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, que es amparado jurídicamente desde su concepción. Conf. consid. 12 del voto de la mayoría, "Portal de Belén" del 5-3-02, Fallos: 325:292, también publicado en JA 2002-III-472, RDF 2002-21-187, LL, 2002-B-520. Aunque no se comparta este criterio constitucional, jurisprudencial y doctrinal (ver juristas que avalan esta postura en Quintana, Eduardo M., Control judicial en la fecundación asistida, ED, 163-229), no se puede soslayar que todo ordenamiento jurídico necesita basarse en certezas para prescribir que se dé a cada uno lo suyo, y, ante la duda sobre la existencia de una persona, juega el principio in dubio pro homine, establecido en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica. Este principio, inspirado en una exigencia de justicia, es la cristalización de la perenne pretensión del ordenamiento jurídico de custodiar con predilección al indefenso, al débil, a quien está de alguna forma en una situación desfavorable. Conf. Morelli, Mariano G., El hombre y la bioética. La vida humana y los tratados internacionales de derechos humanos, en Persona, sociedad y derecho: temas actuales de filosofía jurídica y política, Tale, Camilo (dir.), AA.VV., Córdoba, 1998, Edit. del Copista, Biblioteca Jurídica, pág. 80. En resumen, según la Constitución Nacional, la persona comienza a existir desde la concepción, y desde allí pesa la obligación de los Estados de protegerla por ley, como también la interdicción de la arbitrariedad en lo que respecta a la gravísima decisión de privar a otro de su vida. Algunos de los tratados que lo reconocen son los siguientes: a) Convención sobre los Derechos del Niño: arts. 1º, 6º, 19, 24 y Declaración argentina que integra el compromiso internacional del país frente a los Estados partes, que es condición de vigencia de este tratado: "Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los 18 años de edad". b) Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos): arts. 1º, 3º, 4º, 6º. c) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: arts. 11.2.a) y d) y 12.2.

(23) Estadística citada por Morelli, Mariano, Sobre la antijuridicidad de la fecundación in vitro (Reflexiones iusfilosóficas), en Boletín de Bioderecho VII: Jurisprudencia y fecundación in vitro (Estudio sobre dos casos judiciales), por Hernández, Héctor; Marrama, Silvia y Morelli, Mariano, ED, 235-1138. Por razones de brevedad nos remitimos a la tesis doctoral que hemos defendido en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", sede Buenos Aires, sobre La fecundación artificial extracorpórea en el derecho argentino; y a los estudios que hemos publicado sobre el tema: Dos campañas que retienen: alterum non laedere, ED, 243-77. Nota a fallo "L. A. C. c. Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) s/amparo", CApel.CC Corrientes, 4-2011. Jurisprudencia y fecundación in vitro (Estudio sobre dos casos judiciales), en Boletín de Bioderecho VII, ED, 235-1138. La instrumentalización de los niños. Nota a fallo "...y otra c. IOMA y otra s/amparo", expediente n° 11.578, CFed. Mar del Plata, 29-12-08. Revista Gladius, diciembre 2009. Otros artículos referidos al tema de la fecundación artificial de mi autoría: Referéndum italiano sobre procreación asistida, en Revista Duc In Altum de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Sede Paraná, n° 10, agosto de 2005. Argentina promueve la abolición de lo humano: avanzan proyectos de ley permisivos de las técnicas de fecundación artificial extracorpórea, en Revista Familia y Vida n° 18, septiembre 2011. ¿Un Mundo Feliz? España permite la fabricación de niños-medicamento, ponencia presentada y publicada por el III Congreso Argentino y I Congreso Iberoamericano de Filosofía del Derecho, Política y Bioética (Universidad FASTA, 2006). La legislación española autoriza la fecundación artificial con fines terapéuticos para terceros, ponencia presentada y publicada por el I Congreso Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Política y IV Jornadas Nacionales de Derecho Natural (Universidad Católica de Cuyo, 2007).

(24) Conf. Laferrière, Jorge N., Los derechos del paciente..., cit.

(25) Ídem.

(26) Ídem.

(27) Ídem.

(28) Ídem.

(29) V.gr. conf. SC Buenos Aires, in re "N. N. o U. V. - Protección y guarda de personas", cit., 2ª cuestión, pto. III.3.b., 6-10-10, en Lexis n° 0003/015374.

(30) Laferrière, Jorge N., Los derechos del paciente..., cit.

(31) Caso que supone para el médico un deber de actuar y realizar los tratamientos indicados.

(32) Para poner un ejemplo sencillo puede imaginarse el supuesto de un paciente mayor de edad y sin familiares conocidos que ha sufrido un accidente de tránsito y se encuentra imposibilitado de escribir o firmar por tener ambas manos dañadas. Sería muy engorroso para los hospitales tener que recurrir a un escribano para que el paciente revoque su consentimiento informado, pudiéndose suplir su manifestación escrita con la declaración de dos testigos ante el médico, los cuales firmarán la historia clínica.

(33) Conf. Laferrière, Jorge N., Los derechos del paciente..., cit.

(34) La nueva ley define la historia clínica como "el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud" (art. 12).

Regula la historia clínica informatizada (art. 13) y reconoce que "el paciente es el titular de la historia clínica" (art. 14). Fija los contenidos que se deben asentar en la historia clínica (art. 15) y los documentos forman parte de la misma (art. 16). Establece su unicidad (art. 17) y su inviolabilidad (art. 18). Señala los legitimados para solicitar la historia clínica (art. 19), concediendo acción de hábeas data en caso de negativa (art. 20) y disponiendo sanciones por incumplimiento de las normas fijadas por la ley (art. 21).

(35) Laferrière, Jorge N., Análisis de la nueva ley sobre "derechos del paciente", publicado por el Centro de Bioética, Cultura y Persona, Buenos Aires, 2009.

(36) Conf. Marrama, Silvia, ¿Derecho a la libre elección de estilos de vida o derecho a la vida y salud de los argentinos? Reflexiones sobre la disidencia del Dr. Lorenzetti en el caso "Mujeres por la Vida-Asociación civil sin fines de lucro -filial Córdoba- c/Estado Nacional" (CS, 31-10-06), ED, 222-803.

(37) Tobías, José W., El asentimiento..., cit.

(38) Ver nota 29. Nota a fallo de Toller, Fernando M. - D'elía, Daniel - Fernández Santander, Adriel, Prevenir es curar. Pautas para la armonía entre libertad, patria potestad, derecho a la salud y potestad sanitaria del Estado, en SJA 13-4-11.

(39) Tobías, José W., El asentimiento..., cit.

(40) Ver de Marrama, Silvia: A diez años del primer intento pretoriano: consideraciones sobre un fallo "del reino del revés", ED, 243-1049; Un indefenso con "esforzada" defensora. In memoriam Dr. Tomás Casares, defensor de menores en el período 1930-1943, EDCrim., 237-1198; ¿La Corte autorizó el aborto en caso de anencefalia? Análisis del caso "Tanus, Silvia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" (CS 11-1-01), en Revista Duc In Altum n° 9, diciembre de 2004; Principio de no regresión en los derechos humanos y el derecho a la vida, ED, 229-733.

© Copyright: El Derecho