**NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y
SU INTERPRETACIÓN, EN UN FALLO DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

*Laws Related to Informed Consent and It's Interpretation,
in a Decision of the Inter-American Court of Human Rights
Regole relative al consentimiento informato e alla sua interpretazione,
in caso della corte interamericana dei diritti umani*

María Bernardita Berti García¹

Recibido: 29 de mayo de 2019

Aprobado: 27 de julio de 2019

Resumen: El presente trabajo analiza la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un caso que juzga la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la realización de una intervención quirúrgica practicada por funcionarios de un hospital público sin mediar el consentimiento de la víctima. Se desarrollan también algunos tópicos jurídicos relativos al consentimiento informado según la interpretación que ofrece la Corte IDH y el impacto que tiene el fallo sobre las normas existentes en la legislación argentina y sobre el proyecto de legalización de aborto rechazado por el Senado el 8 de agosto de 2018.

Palabras clave: Consentimiento informado; Información sanitaria; Dignidad personal; Código Civil y Comercial; Ley de Derechos del Paciente; Convención Americana de Derechos Humanos.

Abstract: This paper analyzes the decision issued by the Inter-American Court of Human Rights in a case that judges the international responsibility of the State on the occasion of performing a surgical intervention performed by a public hospital officials without the victim's consent. Some legal topics related to informed consent are also developed according to the interpretation offered by the Inter-American Court and the impact that the ruling has on the existing norms in Argentine legislation and on the abortion legalization project rejected by the Senate on August 8, 2018.

¹ Cátedra de Bioética, Facultad de Ciencias Médicas, Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina. Correo electrónico: bertigarcia@yahoo.com.ar.

Keywords: Informed consent; Health information; Personal dignity; Civil and Commercial Code; Patient Rights Law; American Convention of Human Rights.

Sommario: Il presente testo analizza la sentenza emessa dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani in un caso che giudica la responsabilità internazionale dello Stato in occasione di un intervento chirurgico eseguito da funzionari dell'ospedale pubblico senza mediare il consenso della vittima. Alcuni argomenti legali relativi al consenso informato sono stati sviluppati anche secondo l'interpretazione offerta dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani e l'impatto che la sentenza ha sulle norme esistenti nella legislazione argentina e sul progetto di legalizzazione dell'aborto respinto dal Senato l'8 agosto di 2018.

Parole chiave: Consenso informato; Informazioni sanitarie; Dignità personale; Codice Civile e Commerciale; Legge sui diritti dei pazienti; Convenzione Americana dei Diritti Umani.

Para citar este texto:

Berti, B. (2019). “Normas relativas al consentimiento informado y su interpretación, en un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

Prudenti Iuris, N. 88, pp.

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en el caso denominado “I.V. vs. Bolivia”, dictada en fecha 30 de noviembre de 2016, en la cual juzga la responsabilidad internacional del Estado demandado con motivo de la realización de una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio practicada por los funcionarios de un hospital público sin que se tratara de una situación de emergencia y sin mediar el consentimiento de la víctima, haciendo especial hincapié en el estudio de las normas referidas al consentimiento informado en el ámbito de la salud que deben ser

cumplimentadas por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos².

Para ello presentaremos brevemente los hechos que dieron origen al caso, los argumentos elaborados por el Tribunal para dictar sentencia en el tema en cuestión, y su contenido. El foco será desarrollar algunos tópicos jurídicos relativos a los principios que rigen el consentimiento informado, tal como lo entiende la Corte IDH. Luego, mencionaremos las implicancias del fallo en la legislación argentina, considerándola desde una doble perspectiva: por un lado, las normas que rigen el consentimiento informado que se hallan en la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529, en el Código Civil y Comercial, y en la Ley de Procedimientos Quirúrgicos de Contracepción N° 26.130; y por otro, el proyecto de legalización de aborto sancionado en el mes de junio de 2018 por la Cámara de Diputados de la Nación y rechazado por el Senado de la Nación el 8 de agosto del mismo año.

II. El caso “I.V. vs. Bolivia”

II.1. Objeto de la controversia

La controversia central del presente caso consistió en determinar si la ligadura de las trompas de Falopio practicada a la señora I.V. el 1° de julio de 2000, en Bolivia, por un funcionario público en un hospital estatal fue contraria a las obligaciones internacionales del Estado. El aspecto cardinal a dilucidar es, pues, si tal procedimiento se llevó a cabo obteniendo el consentimiento informado de la paciente, con los parámetros establecidos en el Derecho Internacional para este tipo de actos médicos al momento de los hechos.

II.1.1. Valoración de la práctica quirúrgica de esterilización desde la bioética personalista

² Un comentario al fallo puede verse en Bancoff, P. (2018). “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *RCyS* 2018-XII, 45. AR/DOC/1878/2018.

Conforme la corriente bioética personalista, que reconoce la capacidad de la razón humana para distinguir lo que contribuye al bien de la persona de aquello que puede dañarla, la esterilización es un acto moralmente reprobable, pues atenta contra uno de bienes básicos de las personas: la integridad física.

En conformidad con lo expresado, Scala ha destacado la falta de acción terapéutica que poseen tales prácticas quirúrgicas: “[...] la vasectomía y la ligadura de trompas de Falopio no curan ni mitigan ninguna enfermedad; muy por el contrario, se parte de una persona sana, y se le anula, intencionalmente, la capacidad de engendrar, lo cual es en sí mismo un atentado contra su integridad física”. Frente a las justificaciones que pretenden legitimar tales prácticas con el argumento de que existen determinadas patologías que, en caso de embarazo, pueden poner en riesgo más o menos grave la salud de la mujer, responde: “En estos casos es importante subrayar: 1º) que la enfermedad es la patología ya contraída por la mujer, y no el embarazo; 2º) que la ligadura tubárica no previene, ni cura, ni mitiga dicha patología previa; 3º) que existen otros medios de similar eficacia contraceptiva que las ligaduras de trompas, y que no implican la esterilización definitiva de la mujer”³.

Con estas consideraciones de fondo, analizaremos la sentencia en sus específicas referencias al consentimiento informado y dejando a salvo nuestra profunda diferencia con la concepción antropológica y ético-jurídica que subyace a las posturas que consagran unos pretendidos derechos reproductivos, que contradicen principios fundamentales vinculados con la dignidad humana, el derecho a la vida y a la integridad corporal.

II.2. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

II.2.1. Sometimiento del caso

La Corte llega al entendimiento del caso a partir del sometimiento que le fuera efectuado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en fecha 23 de abril de 2015.

De acuerdo con lo indicado por la Comisión, el caso se refiere a la alegada responsabilidad internacional del Estado por la violación a los derechos a la integridad

³ Scala, J. (2007). “La Ley N° 26.130 frente a los Derechos Humanos”. *El Derecho* N° 11.707.

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

física y psicológica –como así también a su derecho a vivir libre de violencia y discriminación, de acceso a la información y a la vida privada y familiar– de la que fue víctima la señora I.V. con motivo de la realización de una intervención quirúrgica de ligadura de trompas de Falopio practicada por los funcionarios de un hospital público, sin que se tratara de una situación de emergencia y sin el consentimiento informado de ella.

Para la Comisión, el Estado no habría provisto a la presunta víctima de una respuesta judicial efectiva frente a tales vulneraciones.

II.2.2. Los hechos

El 1° de julio del año 2000, la señora I.V., de 35 años de edad y embarazada de su tercera hija, ingresó al Hospital de la Mujer de La Paz y, debido a consideraciones médicas particulares, los médicos del hospital decidieron practicarle una cesárea.

Mientras transcurría la intervención se verificó la existencia de algunas dificultades – presencia de múltiples adherencias a nivel del segmento inferior del útero. Con posterioridad a que el neonatólogo se llevara a la niña recién nacida, se realizó a la señora I.V. una salpingoclasia bilateral bajo la técnica pomerooy, conocida comúnmente como ligadura de las trompas de Falopio. Ambos procedimientos quirúrgicos fueron realizados encontrándose la paciente bajo anestesia epidural.

Durante el transoperatorio, el médico ginecólogo obstetra solicitó que se buscara al esposo de la señora I.V. a fin de que otorgara la autorización para realizar la ligadura de las trompas de Falopio. El señor J.E. no fue localizado.

La señora I.V. negó de forma consistente haber otorgado un consentimiento de forma verbal para la realización de la ligadura de las trompas de Falopio, y manifestó que fue durante la visita médica del residente el día 2 de julio de 2000, que tomó conocimiento de que le habían realizado la ligadura de las trompas de Falopio.

Existen hipótesis contrarias sobre el mismo hecho, ya que mientras que el médico que realizó el procedimiento afirma haber obtenido el consentimiento informado de la señora I.V., ella niega haberlo proporcionado.

II.2.3. La sentencia

II.2.3.1. Condena por responsabilidad internacional⁴

El 30 de noviembre de 2016 la Corte dicta sentencia por unanimidad declarando la responsabilidad del Estado por “la violación de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de no discriminar contenidas en el artículo 1.1 de la misma, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de la señora I.V.” (en los términos de los párrafos 147 a 256; y 262-270, puntos 3 y 4 de la presente Sentencia).

II.2.3.2. Deberes de reparación

Como consecuencia de la responsabilidad del Estado, la CIDH dispone obligaciones de reparación. Respecto de la víctima, establece fundamentalmente “el deber de brindar gratuitamente, a través de sus instituciones de salud especializadas, y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico y, específicamente en salud sexual y reproductiva, así como tratamiento psicológico y/o psiquiátrico” (punto 8).

Pero además establece otros deberes del Estado, de cuyo cumplimiento se beneficiarán todos sus habitantes, entre los que se encuentran: “[...] diseñar una cartilla –disponible

⁴ En el fallo en análisis, la CIDH examinó la afectación a Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de manera indirecta o por conexidad, bajo disposiciones de la CADH que consagran Derechos Civiles y Políticos (DCP); en el caso, examinó la afectación del derecho a la salud, a través del tratamiento de otros derechos, como por ejemplo, a la integridad personal (art. 5º) y utilizó estándares elaborados por el Comité. Sin embargo, un cambio significativo en la Jurisprudencia de la CIDH ocurre a partir de la resolución del Caso “Lagos del Campo vs. Perú” –en fecha 31 de agosto de 2017–, en la cual, por primera vez, la mayoría de los miembros de la Corte deciden condenar directamente al Estado a través de la utilización directa del art. 26 de la CADH, al entender la justiciabilidad directa de los DESC y el carácter operativo de estos derechos, lo cual significó un hito en la protección internacional de los DESC. El comentario a este fallo puede verse en Cerqueira, D. (2018). “La justiciabilidad de los DESC bajo la Convención Americana”, disponible en: <https://dplfblog.com/2018/05/29/la-justiciabilidad-de-los-desc-bajo-la-convencion-americana/> (último ingreso: 19-8-2019).

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

en los hospitales públicos y privados— que desarrolle en forma sintética, clara y accesible los derechos de las mujeres en cuanto a su salud sexual y reproductiva en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado, así como también de las obligaciones del personal médico al proveer la atención en salud en la que se deberá hacer mención específica al consentimiento previo, libre, pleno e informado” (punto 11); y “adoptar programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, sobre temas de consentimiento informado —entre otros— [...]” (punto 12).

II.3. Argumentaciones

Los argumentos que fundamentan el decisorio se hallan formulados, en primer lugar, a partir de la determinación del contenido que poseen los derechos establecidos en la Convención Americana que han sido alegados en el caso y que resultan aplicables en relación con el ámbito de la salud “sexual y reproductiva”⁵, y, en segundo lugar, mediante las interpretaciones que realiza la Corte del que denomina *corpus iuris* internacional existente en torno al consentimiento informado en el ámbito sanitario.

II.3.1. Alcance de los derechos de la Convención Americana

En un primer momento, la Corte interpreta la Convención Americana a fin de determinar el alcance de los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, a fundar una familia y de acceso a la información, en lo relevante para resolver la controversia suscitada en el presente caso⁶. En lo esencial, y siguiendo el objeto de estudio, nos limitaremos a señalar el alcance y la

⁵ El término aparece en la sentencia en los considerandos, aunque en realidad la Convención Americana no usa tal terminología. Sobre el tema de los derechos reproductivos ver en Lafferriere, J. N. (2014). “Derechos reproductivos”. En *Tratado de Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera (h) y otros (Directores). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 784-821.

⁶ Víctor Bazán llama la atención sobre el voto de Ferrer Mac-Gregor, que considera que en este caso estaba en juego el derecho a la salud y se pronuncia sobre la justiciabilidad directa de dicho derecho: Bazán, V. (2017). “Los derechos a la salud y la seguridad social en foco. Segunda parte”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social RDLSS 2017-10*, 30-5-2017, 1050. AR/DOC/3565/2017.

interrelación existente entre los derechos a la dignidad personal, a la vida privada y familiar, a la integridad personal, y al acceso a la información.

II.3.1.1. Derecho a la dignidad personal

En primer lugar, destaca que el derecho a la dignidad personal establecido en el artículo 11 de la Convención Americana “protege uno de los valores más fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, esto es el reconocimiento de su dignidad”⁷. Así, conforme la Corte, el inciso primero de dicho artículo contiene una “cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se erige tanto en el *principio de la autonomía de la persona* como en la idea de *que todos los individuos deben ser tratados como iguales*, en tanto fines en sí mismos según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida” (párrafo 149).

II.3.1.2. Derecho a la vida privada y familiares

En concordancia, el inciso segundo del artículo 11 establece la inviolabilidad de la vida privada y familiar, entre otras esferas protegidas. La Corte sostiene que este ámbito de la vida privada de las personas se caracteriza por ser “un espacio de libertad exento e

⁷ No estamos de acuerdo con el alcance propuesto por la Corte para el término dignidad por asemejarlo al principio de autonomía de la corriente bioética anglosajona. Entre los comentarios al fallo, se afirma que la Corte resalta el carácter “multidimensional de la autonomía” [Vázquez, I. (2018). “La autonomía individual y el acceso a la información en materia de salud reproductiva” / “Individual autonomy and access to information on reproductive health”. *Revista Derecho y Salud*. Universidad Blas Pascal, (2), 129-143]. En el mismo sentido se pronuncia Celorio, R. (2018). “Autonomía, Mujeres y Derechos: tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A.L. Gioja*, (20), 1-34 y Scotti, L. B. (2018). “Un recorrido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de género”. *La Ley*, 20-12-2018, 16, AR/DOC/2740/2018. Por nuestra parte, seguimos a Massini en torno a las críticas del principio de autonomía y afirmamos la preminencia del principio de respeto a la dignidad ontológica del ser humano. Sobre este tema puede verse Massini Correas, C. I. (1999). “De los principios éticos a los bioéticos”. En *Persona y Derecho*. Vol. 41. Pamplona, 417-40.

⁸ El artículo 11.2 ordena: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

inmune a las injerencias abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”, cuya protección no se limita al derecho a la privacidad, sino que “abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad [...] siendo la maternidad una forma esencial de tal desarrollo” (párrafo 152).

El citado artículo se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención Americana, el cual, conforme expresa la Corte, “reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general [...] en particular, el artículo 17.2 protege el derecho a fundar una familia, el cual incluye como componente la posibilidad de procrear” (párrafo 153).

II.3.1.3. Derecho a la integridad personal⁹

La Corte resalta la intrínseca vinculación existente entre los derechos a la vida privada y a la integridad personal con la salud humana. Así ha precisado que “a los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal en el ámbito de la atención en salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad personal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud” (párrafo 154).

“La salud, como parte integrante del derecho a la integridad personal, no sólo abarca el acceso a servicios de atención en salud en que las personas gocen de oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud, sino que también la libertad de cada individuo de controlar su salud y su cuerpo, y el derecho a no ser sometido a tratamientos y experimentos médicos no consentidos” (párrafo 155).

II.3.1.4. Derecho de acceso a la información¹⁰

⁹ El artículo 5.1 establece: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Expresa la Corte que la conexión entre el derecho a la integridad física y psicológica con el derecho a salud, y la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo tiene dos implicancias. Por un lado, la existencia del deber del Estado de asegurar y respetar las decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable. Y, por el otro, el deber de garantizar el acceso –aun de oficio¹¹– a la información oportuna, completa, comprensible y fidedigna para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas (cfr. párrafo 155).

En materia de salud, el derecho de acceso a la información se relaciona con la regla del consentimiento informado, debido a que el paciente sólo podrá consentir un acto de manera informada si ha recibido y comprendido información suficiente, que le permita tomar una decisión plena. De ahí que la Corte haya reconocido que “el derecho de acceso a la información adquiere un carácter instrumental para lograr la satisfacción de otros derechos de la Convención”¹², como serían en el caso el derecho a la salud, y sus derechos relacionados que han sido mencionados (cfr. párrafos 156 y 163).

III. Consideraciones relativas al consentimiento informado

III.1. Análisis general del consentimiento informado en la sentencia de la CIDH

Luego de determinar el alcance de los derechos reconocidos y garantizados en la Convención, la Corte procede a analizar la normativa existente en torno al

¹⁰ El artículo 13.1 establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

¹¹ Esta obligación se denomina de transparencia activa y debe ser brindada de oficio. Así, el personal de salud debe esperar a que el paciente solicite información o haga preguntas relativas a su salud, para que esta sea entregada.

¹² En este sentido, la Corte ha expresado: “[...] la necesidad de obtención del consentimiento informado es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y garantía de distintos Derechos Humanos reconocidos por la Convención Americana, como lo son la dignidad, libertad personal, integridad personal, incluida la atención a la salud y en particular la salud sexual y reproductiva, la vida privada y familiar y a fundar una familia”, párrafo 165.

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

consentimiento informado para determinar si el procedimiento que motivó el conocimiento del caso fue realizado con los parámetros establecidos en el Derecho Internacional para este tipo de actos médicos. En este marco es donde realiza una serie de consideraciones sobre el consentimiento informado que son señaladas a continuación.

En primer lugar, define su concepto: “[...] el consentimiento informado consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir, sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo” (párrafo 166).

Luego destaca la importancia que tiene el cumplimiento de la obligación de obtener en forma previa a la realización de cualquier tratamiento médico el consentimiento del paciente como condición *sine qua non* para la práctica médica, ya que el mismo constituye una expresión de respeto de la dignidad y autonomía de las personas, que ha significado un cambio profundo de paradigma en la relación médico-paciente¹³. Y que esta obligación constituye, además, el establecimiento de límites a la actuación médica para garantizar que “ni el Estado, ni terceros, especialmente la comunidad médica, actúe mediante injerencias arbitrarias en la esfera de la integridad personal o privada de los individuos, especialmente en relación con el acceso a servicios de salud” (párrafo 163).

Por otra parte, la Corte nota que el sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos no cuenta con una norma convencional en materia de bioética y Derechos Humanos en la región que desarrolle el alcance y contenido de la regla del consentimiento informado¹⁴. Por esta razón, a efectos de interpretar el alcance y contenido de dicha regla en el marco de la Convención Americana y determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, el

¹³ Cfr. párr. 159.

¹⁴ Cfr. párr. 196. La Corte nota que en el sistema europeo, y en el marco del Consejo de Europa, existen diversos documentos en los cuales se regula expresamente el consentimiento previo, libre, pleno e informado del paciente para la realización de cualquier acto médico, como por ejemplo: artículos 1° a 3° de la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa, en 1994; artículos 5° y 6° del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, denominado también “Convenio de Oviedo”.

Tribunal recurrió –de conformidad con las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁵– al *corpus iuris* internacional en la cuestión, el cual se sustenta en materia de consentimiento en declaraciones internacionales, guías, opiniones de comités médicos expertos, directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos especializados en la temática como son: la Organización Mundial de la Salud, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, la Asociación Médica Mundial, etc¹⁶. Estos organismos, señala la Corte, han erigido normas jurídicas comunes que construyen una protección general alrededor del carácter previo, libre, pleno e informado del consentimiento.

III.2. Características del consentimiento y consideraciones en el caso

Luego la Corte señala los requisitos que deben estar presentes para que el consentimiento sea válido y analiza la concreción de los mismos en el caso. Los requisitos que señala son:

III.2.1. Carácter previo del consentimiento

El consentimiento debe ser otorgado siempre antes de cualquier acto médico. Este carácter ha sido recogido, o se entiende implícito, en todos los instrumentos internacionales que regulan la materia. En efecto, la Declaración de Helsinki relativa a la investigación médica de 1964 y la Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente de 1981, ambas adoptadas por la Asociación Médica Mundial, así como la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO de 2005, destacan que ninguna persona podrá ser sometida a un estudio, a cualquier examen,

¹⁵ Cfr. “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114, y Caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, supra, párr. 21.

¹⁶ En este punto, se advierte que la Corte IDH recurre a textos que no tienen el carácter de tratados internacionales ni fuentes formales de Derecho. El tema excede a este trabajo. Sobre el punto ver Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”. En D. Herrera y otros. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA, 321-361.

diagnóstico o terapia sin que haya aceptado someterse a ello. Esto ha sido ratificado por otros instrumentos específicos sobre salud reproductiva¹⁷ (párrafo 176).

Las excepciones a este principio se hallan en los casos en que el consentimiento no pueda ser brindado por la persona, siempre que sea necesario un tratamiento médico o quirúrgico inmediato, de urgencia o de emergencia, ante un grave riesgo contra la vida o la salud del paciente. Esta excepción ha sido recogida por la normativa de diversos Estados parte de la Convención Americana, y ha sido reconocida en el ámbito europeo¹⁸. Cabe aclarar que conforme entiende el Tribunal, la urgencia o emergencia se refiere a la inminencia de un riesgo y, por ende, a una situación en que la intervención es necesaria ya que no puede ser pospuesta, excluyendo aquellos casos en los que se puede esperar para obtener el consentimiento.

En relación al caso, la ligadura de las trompas de Falopio, la Corte entiende que se trata de una intervención quirúrgica cuyo propósito es prevenir un embarazo futuro y que no puede ser caracterizada como un procedimiento de urgencia o emergencia de daño inminente, de modo tal que la excepción indicada en el párrafo anterior no es aplicable (párrafo 176).

III.2.2. Carácter libre del consentimiento

Implica que el consentimiento sea brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo, sin utilizarlo como condición para el sometimiento a otros procedimientos o beneficios, sin coerciones, amenazas o desinformación. La Corte entiende que el consentimiento no puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido, ni puede derivarse de ningún tipo de incentivo inapropiado (párrafo 181).

¹⁷ Tales como: las Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología hechas por el Comité para el estudio de los aspectos éticos de la reproducción humana y salud de la mujer de la FIGO, de noviembre 2003, octubre 2012 y octubre 2015; así como las Consideraciones éticas sobre la esterilización de 1989, 1990, 2000 y 2011; Esterilización femenina: guía para la prestación de servicios, 1993.

¹⁸ Cfr. Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, adoptada por la Oficina Regional de la OMS en Europa en 1994, artículo 3º; Convenio de Oviedo, artículo 8º; e Informe Explicativo del artículo 8º del Convenio de Oviedo.

La manifestación de un consentimiento libre ha sido recogida en una diversidad de documentos internacionales referidos al consentimiento como mecanismo de protección de los derechos de los pacientes, desde el Código de Ética Médica de Núremberg hasta la Declaración Interinstitucional de la ONU. En particular, la Declaración de Helsinki destacó que el médico debe prestar atención al pedir el consentimiento informado cuando el participante potencial está vinculado con el médico por una relación de dependencia o si consiente bajo presión¹⁹.

El consentimiento es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento. En efecto, conforme a las declaraciones de Helsinki y Lisboa, sólo el paciente podrá acceder a someterse a un acto médico²⁰.

Para casos de esterilización la Corte considera que, por la naturaleza y las consecuencias graves en la capacidad reproductiva, sólo será la mujer la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas. Y que, dado que en general la esterilización no consiste en un procedimiento de emergencia, para realizar la práctica se deberá esperar a que la mujer pueda brindarlo (párrafo 182).

Respecto de la libertad, como condición para que el consentimiento sea válido, la Corte señala dos cuestiones trascendentes. La primera se refiere a la necesidad de asegurarse que la persona que brinda el consentimiento no se halle sujeta a ninguna situación que pueda disminuir su capacidad de elección: “[...] el consentimiento no podrá reputarse libre si es solicitado a la mujer cuando no se encuentra en condiciones de tomar una decisión plenamente informada, por encontrarse en situaciones de estrés y vulnerabilidad, *inter alia*, como durante o inmediatamente después del parto o de una cesárea”²¹ (párrafo 183). La segunda atiende al deber del profesional de la salud de

¹⁹ Cfr. Declaración de Helsinki, principio 27.

²⁰ Cfr. Declaración de Helsinki, principio 25; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principio 3.

²¹ La afirmación de la Corte sigue los precedentes en la materia en cuestión; así, la guía de la OMS de 1993 establecía que no era conveniente que la mujer optara por la esterilización si existían factores físicos o emocionales que pudieran limitar su capacidad para tomar una decisión informada y meditada, como por ejemplo, mientras se encontraba en labor de parto, recibiendo sedantes o atravesando una situación difícil antes, durante o después de un incidente o tratamiento relacionado con el embarazo. Esto fue ratificado en las consideraciones éticas sobre la esterilización de 2011 de la FIGO, en la Declaración sobre la Esterilización Forzada de 2012 de la Asociación Médica Mundial y en la Declaración Interinstitucional de las Naciones Unidas.

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

brindar información en forma integral y objetiva, sin manipular o inducir al paciente a consentir como consecuencia de la falta de entendimiento de la información brindada; “un consentimiento sin información no constituye una decisión libre” (párrafos 184 y 188).

III.2.3. Carácter pleno e informado del consentimiento

El consentimiento pleno, señala la Corte, sólo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente. La información ha de ser clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y oficiosa, a fin de otorgar los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa (párrafos 189, 191).

En este sentido, con el fin de que la información pueda ser cabalmente entendida, el personal de salud deberá tener en cuenta las particularidades y necesidades del paciente, especialmente cuando los pacientes pertenecen a grupos en situación de vulnerabilidad o con necesidades específicas de protección debido a fuentes de exclusión²² (párrafo 192). Una cuestión trascendente que asegura que el consentimiento sea prestado en forma libre, es la referida a la necesidad de que exista un plazo razonable de reflexión. En este sentido la Corte ha expresado: “[...] para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo a las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona” (párrafo 192).

En cuanto a la forma en que debe ser emitido el consentimiento, si bien no existe un consenso a nivel internacional, la Corte considera que la prueba de su existencia debe documentarse o registrarse formalmente en algún instrumento, máxime por la relevancia e implicancia que el acto de la esterilización significa para la mujer, considerando que “mientras mayores sean las consecuencias de la decisión que se va a adoptar, más

²² La Corte resalta que desde la Declaración de Helsinki se estableció la necesidad de “prestar especial atención a las necesidades específicas de información de cada participante potencial, como también a los métodos utilizados para entregar la información”. De igual manera, la Declaración de Lisboa señala que la información debe ser entregada “de manera apropiada a la cultura local y de tal forma que el paciente pudiera entenderla”.

rigurosos deberán ser los controles para asegurar que un consentimiento válido sea realmente otorgado” (párrafos 195 y 196).

Y respecto de la información que debe brindarse, señala: i) la evaluación de diagnóstico; ii) el objetivo, método, duración probable, beneficios y riesgos esperados del tratamiento propuesto; iii) los posibles efectos desfavorables del tratamiento propuesto; iv) las alternativas de tratamiento, incluyendo aquellas menos intrusivas, y el posible dolor o malestar, riesgos, beneficios y efectos secundarios del tratamiento alternativo propuesto; v) las consecuencias de los tratamientos, y vi) lo que se estima ocurrirá antes, durante y después del tratamiento²³ (párrafo 189).

Destaca la Corte la importancia que tiene el cumplimiento de este deber de información especialmente en los procesos de obtención del consentimiento informado para esterilizaciones femeninas, debido a que la naturaleza y entidad del acto mismo configuran la obligación; es un deber reforzado (párrafo 193).

IV. Proyecciones del fallo en la legislación argentina

IV.1. En la Ley de Derechos del Paciente N° 26.529 y en el Código Civil y Comercial

Puede señalarse que existe una armonía entre las consideraciones realizadas por la Corte en el caso, con la legislación sobre consentimiento informado (CI) que existe en nuestro país.

El CI se encuentra definido en el artículo 59 del Código Civil y Comercial junto con las disposiciones que contienen los *derechos y actos personalísimos de la persona humana* (Capítulo 3, Título I, Libro I); y en el artículo 5° de la Ley N° 26.529, que rige los *Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud*, de modo casi coincidente. El artículo 59 dispone:

“Artículo 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:

²³ Cfr. Código de Ética Médica de Núremberg, 1947; Declaración de Helsinki, principios 25 a 27; Declaración de Lisboa sobre los derechos del paciente, principios 3, 7 y 10; ONU, Principios para la protección de los enfermos mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental.

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

- 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 incurable²⁴;
- 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 lo ha hecho 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

²⁴ El inciso g de la norma transcrita es criticado por su carácter ambiguo, pues, ya que en algunos supuestos posibilitaría la renuncia a los cuidados ordinarios –en el caso, alimentación e hidratación– confiriéndole por tal una finalidad eutanásica, no obstante, el art. 60 del Código Civil y Comercial y el art. 11 de la Ley N° 26.529 prohíben en forma expresa la posibilidad de dar directivas anticipadas con tal carácter.

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”.

Sin embargo, es la Ley de Derechos del Paciente la que dedica todo un capítulo a fin de regular cuestiones esenciales que emergen del consentimiento, las que se refieren a: a) obligatoriedad de otorgamiento: la regla es que el consentimiento informado sea prestado por el paciente en todos los casos en forma previa a la actuación del profesional de la salud²⁵, salvo en aquellos en que mediare grave peligro para la salud pública o 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 legales²⁶; b) modo de instrumentación: el principio es que debe ser brindado en forma verbal²⁷, salvo en los supuestos de internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley, y revocación, en los cuales el consentimiento deberá expresarse por escrito y suscribiendo tal declaración.

IV.2. El consentimiento en la Ley N° 26.130 de Régimen para las Intervenciones de Contracepción Quirúrgicas

La Ley N° 26.130 legaliza la realización de contracciones quirúrgicas, denominadas ligadura de trompas de Falopio y ligadura de conductos deferentes o vasectomía, a pedido de toda persona mayor de edad²⁸ en los servicios del sistema de salud. Más allá de las objeciones ético-jurídicas de fondo que merecen estas prácticas y a las que hemos hecho referencia anteriormente, nos concentraremos en las disposiciones referidas al consentimiento.

La norma establece de modo expreso que el consentimiento informado de la persona que acude a dicho procedimiento constituye un requisito previo a la práctica e inexorable. Y que, salvo en la situación en que la persona sea declarada judicialmente

²⁵ Artículo 6º, LDP.

²⁶ Artículo 9º de la ley.

²⁷ Artículo 7º de la ley, más allá de que a los fines probatorios se recomiende su instrumentación por escrito.

²⁸ La norma fue sancionada cuando la mayoría de edad estaba dispuesta en los 21 años. Actualmente, la ley podría aplicarse a la persona que ha cumplido los 18 años, conforme Ley N° 26.579.

incapaz –en cuyo caso se requerirá autorización judicial–, no constituye requisito necesario el consentimiento del cónyuge o conviviente, ni autorización judicial²⁹.

Respecto al contenido de la información a brindar para obtener el consentimiento informado, la norma dispone: a) la naturaleza e implicancias sobre la salud de la práctica a realizar; b) las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados; c) las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias. Además, prevee la necesidad de dejar constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente³⁰.

IV.3. En el proyecto de legalización de aborto

En esta parte del trabajo abordaremos cuáles son las proyecciones que tiene el fallo de la CIDH respecto a las consideraciones que formula del consentimiento informado, ante el proyecto de legalización del aborto denominado “Interrupción legal del embarazo”, que en de junio de 2018 obtuvo media sanción ante la Cámara de Diputados de la Nación y que fue luego desechado por el Senado de la Nación el 8 de agosto del mismo año.

No obstante que el proyecto referenciado es inconstitucional³¹, las observaciones que realizaremos serán únicamente en cuanto al alcance de las disposiciones de la norma proyectada referida al consentimiento informado, según las consideraciones de la Corte realizadas en el caso comentado.

La crítica primordial se presenta en virtud de que el proyecto retacea el deber de información sanitaria y lo direcciona, a fin de obtener –en forma ilegítima– el consentimiento de la mujer para la realización del aborto como única finalidad de la normativa, contrariando de este modo las disposiciones generales sobre consentimiento informado vigentes tanto en el ámbito internacional como en el Derecho argentino.

²⁹ Artículos 2º y 3º de la ley.

³⁰ Artículo 4º de la ley.

³¹ Vease Rodríguez, C. A. (2018). “¿La ley del aborto libre sería legal?”. En: *DFyP* 11-7-2018, 221, AR/DOC/1180/2018; Pitrau, O. F. (2018). “La persona concebida no nacida”. En *DFyP* 11-7-2018, 211, AR/DOC/1171/2018, entre otros: <http://www.aica.org/32838-academia-advirtio-sobre-la-inconstitucionalidad-de-los-proyectos-aborto.html>.

IV.3.1. Normas del consentimiento informado. Alcance de la remisión

El artículo 8° de la norma proyectada dispone: “*Consentimiento informado*. Previo a la realización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos previstos en la presente ley, se requiere el consentimiento informado de la mujer o persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la Ley N° 26.529 y concordantes y el artículo 59 del Código Civil y Comercial. Ninguna mujer o persona gestante puede ser sustituida en el ejercicio de este derecho”.

No obstante esta norma, la contradicción existente entre las disposiciones sobre consejería y acceso a la práctica del proyecto (artículos 12 y 14) que en el fondo contienen deberes de información, con las normas del artículo 59 del CCC y la LDP, nos generan el interrogante de establecer cuál es el verdadero alcance de la remisión prevista por el artículo 8°.

¿Se trata de una remisión sólo en cuanto a la forma de la instrumentalización del consentimiento? ¿O la remisión es a todas las disposiciones? En caso de considerarse que la remisión es en forma general a las normas del CCC y de la LDP, el proyecto debería ser coherente en todas las cuestiones referidas al consentimiento: modo y contenido de la información a brindar, personas legitimadas para expresar el consentimiento en caso de que la persona solicitante de la práctica sea menor, incapaz o con capacidad restringida, supuestos de excepción de la necesidad de recabar el consentimiento, y forma de instrumentalización del acto.

Más allá del modo en que se considere a la remisión –total o parcial–, lo cierto es que la sentencia de la Corte Interamericana produce un fuerte impacto en el proyecto de legalización de aborto, toda vez que el mismo es contrario no solo a la legislación argentina vigente en materia de protección de la vida por nacer conforme la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos y de consentimiento informado, sino, también, al *corpus iuris* internacional que en esta materia se halla vigente, tal como señala la Corte en el caso que analizamos.

Veamos ahora cuáles son los artículos de la norma proyectada que contrarían tanto las normas de consentimiento informado vigentes, como las consideraciones practicadas por la Corte en el caso en análisis, teniendo como vara de interpretación lo señalado por el Tribunal en la sentencia “I.V. c/ Bolivia: “[...] mientras mayores sean las consecuencias de la decisión que se va a adoptar, más rigurosos deberán ser los

controles para asegurar que un consentimiento válido sea realmente otorgado” (párrafo 196).

IV.3.2. Otros incumplimientos

IV.3.2.1. Protección de las personas vulnerables

El artículo 10 dispone los casos en que la solicitud de la práctica sea realizada por personas con capacidad restringida, estableciendo dos supuestos: a) situación en que la sentencia de restricción de capacidad no impida el ejercicio del derecho al aborto que crea la norma, en cuyo caso la mujer “debe prestar su consentimiento informado sin ningún impedimento ni necesidad de autorización previa alguna”; b) situación en que la sentencia de restricción a la capacidad impide el ejercicio del derecho que se crea, o la persona ha sido declarada incapaz: en tales casos “el consentimiento informado debe ser prestado con la correspondiente asistencia prevista por el sistema de apoyos del artículo 32 del Código Civil y Comercial o con la asistencia del representante legal, según corresponda [...]”.

Consideramos de importancia destacar la necesidad de observar la correcta aplicación del precepto contenido en caso de que la norma se sancione. Dado que el aborto nunca ha constituido en la legislación argentina un derecho, por supuesto que no existen casos en que las sentencias dictadas sobre restricción de la capacidad no impidan –o permitan– la realización de la práctica. Por lo cual, si se intenta acudir a la práctica sin necesidad de autorización previa, se vulnerarán, además, los derechos de las personas que poseen la capacidad restringida y la protección legal que el ordenamiento jurídico, en su favor, le confiere. En este sentido, en el caso objeto de análisis del presente trabajo, ha destacado la Corte Interamericana: “El Tribunal resalta que el elemento de la libertad de una mujer para decidir [...], sobre todo en casos de esterilizaciones, puede verse socavado por la existencia de factores de vulnerabilidad adicionales”.

IV.3.2.2. Plazo razonable

El artículo 11 estipula, sin hacer mayores consideraciones, un plazo de cinco días dentro del cual se debe realizar la práctica: “La mujer tiene derecho a acceder a la interrupción voluntaria del embarazo en el sistema de salud en un plazo máximo de cinco (5) días

corridos desde su requerimiento y en las condiciones que determina la presente ley, la Ley N° 26.529 y concordantes”.

Respecto a ello cabe realizar algunas observaciones. En primer lugar, el momento erróneo en el cual comienza el cómputo del plazo. El proyecto lo establece desde que la mujer “requiere” la práctica, lo que no es asimilable al momento en el cual se “brinda el consentimiento informado”. Por lo cual la norma estaría omitiendo considerar el período de tiempo que necesariamente debe existir entre el momento en que se solicita la intervención, el momento en que se debe brindar la información sanitaria de manera “clara, precisa y adecuada”, el momento de reflexión, y luego, de aceptación o rechazo. Posteriormente, cabe advertir el exiguo plazo que brinda para que la mujer preste consentimiento para la realización de una práctica que tiene implicancias gravísimas e irreversibles. Sobre este tema, ha señalado la Corte: “A su vez, la Corte considera que, para que la información sea cabalmente comprendida y se tome una decisión con conocimiento de causa, se debe garantizar un plazo razonable de reflexión, el cual podrá variar de acuerdo a las condiciones de cada caso y a las circunstancias de cada persona” (párrafo 192); y “Es trascendental evitar que el personal médico induzca a la paciente a consentir como consecuencia de la falta de entendimiento de la información brindada” (párrafo 188).

IV.3.2.3. Deber de brindar información sanitaria

Más allá de que se interprete, o no, que la norma proyectada remita en forma general a todas las disposiciones sobre consentimiento informado que se hallan en la legislación argentina vigente, su texto *retacea el deber de información sanitaria* que deben brindar los profesionales de la salud y lo *direcciona* a fin de obtener únicamente el consentimiento de la mujer para la realización del aborto.

Así, el artículo 12 dispone: “*Consejerías*. Realizada la *solicitud* de interrupción voluntaria del embarazo, el establecimiento de salud debe garantizar a aquellas mujeres o personas gestantes que *lo requieran*: a) información adecuada; b) atención previa y posterior a la interrupción voluntaria del embarazo de carácter médica, social y psicológica, con el objeto de garantizar un espacio de escucha y contención integral; y, c) acompañamiento en el cuidado de la salud e información adecuada y confiable sobre los distintos métodos anticonceptivos disponibles, así como la provisión de los métodos anticonceptivos previstos en el Plan Médico Obligatorio y en el Programa Nacional de

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

Salud Sexual y Procreación Responsable establecidos por la Ley N° 25.673 o la normativa que en el futuro los reemplace. Cuando las condiciones del establecimiento de salud no permitiesen garantizar la atención prevista en el inc. b, la responsabilidad de brindar la información corresponde al/la profesional de la salud interviniente”.

El texto de este artículo –y el que se analizará seguidamente– denota cómo el proyecto contiene disposiciones relativas a persuadir a la mujer a que se realice el aborto, fundamentalmente a través del suministro de información selectiva e incompleta. En el caso de las consejerías, se establece un direccionamiento notorio de la información que debe brindar el profesional de la salud, la cual se concierne primordialmente a la práctica del aborto, lo que obstruye la libertad del consentimiento. Sobre el inconveniente de este asunto, la Corte ha expresado: “La Corte considera que el consentimiento [...] tampoco puede darse como resultado de actos del personal de salud que induzcan al individuo a encaminar su decisión en determinado sentido” (párrafo 181).

A su vez, el artículo 14 dispone: “*Acceso*. La interrupción voluntaria del embarazo debe ser realizada o supervisada por un/a profesional de la salud. El mismo día en el que la mujer o persona gestante solicite la interrupción voluntaria del embarazo, el/la profesional de la salud interviniente debe suministrar información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, los alcances y consecuencias de la prosecución de la práctica y los riesgos de su postergación. La información prevista debe ser clara, objetiva, comprensible y acorde a la capacidad de comprensión de la persona [...]”.

El artículo es cuestionado porque omite describir la totalidad de la información sanitaria que los profesionales de la salud, conforme el artículo 5° de la LDP y el artículo 59 del CCC, están obligados a suministrar a sus pacientes como presupuesto necesario para la obtención de un consentimiento *verdaderamente informado*. En especial, la información relativa a especificar el estado de salud; especificación de los objetivos de la práctica; los riesgos, molestias y efectos adversos posibles del aborto, ya que solo se menciona el deber de informar los riesgos en caso de postergación de la práctica y se omite informar los riesgos que implica la realización por sí. La Corte ha resaltado la necesidad de brindar información completa como requisito para que el consentimiento prestado sea verdaderamente informado: “La Corte considera que el consentimiento debe ser brindado de manera libre, voluntaria, autónoma, sin presiones de ningún tipo o desinformación” (párrafo 181).

Pero también el artículo omite describir el deber de informar la existencia de otros tratamientos alternativos, y respecto de ellos, sus beneficios y las consecuencias previsibles de la no realización; piénsese, por ejemplo, en el caso de que el motivo de pedido de la práctica sea la alegación de una falta de salud social. En este sentido, la Corte ha señalado la existencia de este deber como indubitable: “De existir alternativas de tratamiento, dicha información forma parte del concepto de información necesaria para adoptar un consentimiento informado y su impartición se considera como un elemento básico de dicho consentimiento” (párrafo 190).

V. Conclusiones

Pese a las objeciones éticas de fondo que merece la posibilidad de realizar tratamientos quirúrgicos de contracepción que fueron indicadas, creemos que la sentencia dictada por la CIDH en la resolución del caso merece una especial atención en lo que concierne al consentimiento informado.

La sentencia condena al Estado por la participación de un funcionario público médico en realización de una práctica quirúrgica de contracepción efectuada sin haber obtenido en forma previa el consentimiento libre e informado de la víctima. De este modo se pronuncia sobre la importancia del consentimiento del paciente en el ámbito sanitario, a la vez que introduce consideraciones relevantes en torno a la necesidad de aguardar un plazo razonable para la toma de la decisión y la mayor protección de las personas vulnerables.

Por otra parte, observamos que existe una armonía entre los lineamientos señalados por la Corte IDH en el caso, con la legislación argentina sobre consentimiento informado (CI), a excepción del proyecto referido sobre interrupción voluntaria del embarazo que fue debatido en 2018 y que de haberse convertido en ley, por las observaciones realizadas, hubiera acarreado responsabilidad del Estado nacional por la violación de los deberes de protección de la vida y de brindar información –entre otros–, establecidos por la Convención Americana de Derechos Humanos. Ello sin perjuicio de los problemas de fondo que presentaba en relación a la violación al derecho a la vida.

Bibliografía

NORMAS RELATIVAS AL CONSENTIMIENTO INFORMADO...

- Bancoff, P. (2018). “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *RCyS* 2018-XII, 45. AR/DOC/1878/2018.
- Bazán, V. (2017). “Los derechos a la salud y la seguridad social en foco. Segunda parte”. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social RDLSS* 2017-10, 30-5-2017, 1050. AR/DOC/3565/2017.
- Celorio, R. (2018). “Autonomía, Mujeres y Derechos: tendencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A.L. Gioja*, (20), 1-34.
- Lafferrière, J. N. (2014). “Derechos reproductivos”. En *Tratado de Derechos Constitucionales*, Julio César Rivera (h) y otros (Directores). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, 784-821.
- Massini Correas, C. I. (1999). “De lo principios éticos a los bioéticos”. En *Persona y Derecho*. Vol. 41. Pamplona, 417-40.
- Pitrau, O. F. (2018). “La persona concebida no nacida”. En *DFyP* 11-7-2018.
- Rodríguez, C. A. (2018). “¿La ley del aborto libre sería legal?”. En *DFyP* 11-7-2018.
- Scala, J. (2007). “La Ley N° 26.130 frente a los Derechos Humanos”. *El Derecho* N° 11.707.
- Scotti, L. B. (2018). “Un recorrido por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de género”. *La Ley*, 20-12-2018, 16, AR/DOC/2740/2018.
- Silva Abbott, M. (2018). “¿Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente un tribunal?”. En D. Herrera y otros. *Estado de Derecho y Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA, 321-361.
- Vázquez, I. (2018). “La autonomía individual y el acceso a la información en materia de salud reproductiva” / “Individual autonomy and access to information on reproductive health”. *Revista Derecho y Salud*. Universidad Blas Pascal, (2), 129-143.