



PROBLEMÁTICA EN TORNO  
A LA ESTERILIZACIÓN QUIRURGICA

Alumna: Alfieri Paulina

Trabajo final

Título a obtener: Abogado

Facultad: Derecho

Rosario, mayo de 2005

## INDICE

INTRODUCCION_____	01
HIPOTESIS_____	03
SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	
La realidad social en la que vivimos_____	04
CUESTIONES PREVIAS	
Aspectos técnico – médicos	
1- Métodos anticonceptivos_____	08
2- Anticoncepción y esterilización_____	08
3- Esterilización_____	08
Esterilización temporaria – funcional_____	10
Esterilización “definitiva” u orgánica_____	10
Indirecta o “terapeutica”_____	11
Directa o “antiprocreativa”_____	12
directa eugenésica	
directa preventiva	
esterilización masculina_____	13
esterilización femenina_____	13
4- Métodos de esterilización quirúrgica femenina_____	14
5- Método de in fertilización y no de esterilización_____	17
6- Complicaciones de una esterilización quirúrgica_____	19
7- Riesgo de embarazo tras esterilización tubárica_____	19
<b>MARCO TEORICO</b>	
DERECHO A LA SALUD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS_____	21
Concepto de salud y enfermedad_____	22
Protección Normativa del derecho a la salud_____	22
Normas Internacionales	

## Normas Constitucionales

Derecho a la sexualidad – Salud reproductiva	24
Consecuencias del derecho a la salud y a la salud reproductiva	
La planificación familiar	25
- Existe un derecho constitucional a requerir al estado atenciones asistenciales efectivas, preventivas o terapéuticas, en caso de ser ello necesario?	
- ¿podría una persona exigir al estado una intervención quirúrgica que implique una medida de contracepción?	
1- DERECHO A LA IGUALDAD	29
2- ASPECTO LEGAL	30
Normas jurídicas y deontológicas	30
I - Ambito Nacional	
a) Normas Legales	31
b) Normas deontológicas	32
II - Normativa Provincial	
a) - Provincia de Buenos Aires	32
b) - Santa Fe	33
c) - Neuquén	35
d) - Río Negro	36
e) - Tierra del Fuego	37
4- ANALISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL	39
Análisis penal cuando hay indicación terapéutica	40
Esterilización quirúrgica como método anticonceptivo	45
5- ASPECTO CIVIL	
Relación contractual entre médico y paciente	47
Formulación del contrato	50
Consentimiento informado	53
Desarrollo en los Estados Unidos	54

Elementos del consentimiento informado	55
Etapas	55
Inmersión del consentimiento informado en nuestro derecho	
Plano constitucional	56
Plano legislativo	56
Análisis doctrinario del consentimiento informado	58
Requisitos fundamentales para un consentimiento informado	59
Elementos a tener en cuenta para su confección	60
a. Información básica	
b. Legalidad	
c. Redacción	

## 6- ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA MEDIANDO INDICACIÓN TERAPEUTICA

1- La indicación terapéutica	63
2- Actuación del profesional médico	65
3- Marco legal referente a la autorización judicial	66
4- Costumbre impuesta frente a la esterilización quirúrgica	
5- Situación del profesional de la salud frente al pedido de autorización judicial	67
6- El contexto. ¿Por qué estos casos llegan a los tribunales?	
7- Críticas a la autorización Judicial	70
8- Capacidad de las Personas para decidir y autorización judicial	72
9- Un tipo especial de consentimiento? Consentimiento del cónyuge	73
10- Necesidad de algún otro requerimiento	75
11- Análisis de la Jurisprudencia frente a este tipo de pedidos	76
12- Respuestas Institucionales y legales al requerimiento de autorización judicial	79

## 7- ESTERILIZACIÓN QUIRURGICA ANTICONCEPTIVA

A quienes va dirigida esta posibilidad	81
Requerimiento por una mujer soltera o que aún no ha tenido hijos	82
Posibles encuadres	82

1- Redefinición del concepto de salud y de indicación terapéutica_____	83
¿Se puede considerar a la anticoncepción, cualquiera sea el método elegido, una medida o indicación terapéutica? _____	84
2- Reinterpretación de la prohibición legal frente a los cambios sociales _____	84
Los cambios en el modelo de la medicina_____	85
El modelo de beneficencia_____	86
El modelo de autonomía_____	87
Nuestro vértice jurisprudencial_____	88
Las conductas autorreferentes_____	90
¿Es la esterilización una conducta autorreferente?_____	92
Requisitos para que la conducta sea autorreferente_____	93
Ofensa al orden y a la moral pública_____	93
Posible tercero perjudicado_____	84
8- POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A ESTA PROBLEMÁTICA_____	97
1- Reinterpretación de las leyes que regulan el ejercicio de la medicina	
2- Dictado de reglamentaciones o instrucciones para los casos de esterilización quirúrgica con indicación terapéutica.	
3- Implementación de Comités de Bioética vigente desde noviembre de 1996	
4- Cuestiones entorno al consentimiento Informado:	
5 - Objeción de Conciencia:	
NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS_____	104

#### ANEXO

Modelo de consentimiento informado

Ley provincial de anticoncepción quirúrgica

Fallo conductor del presente trabajo

## INTRODUCCION

En la República Argentina existe una notable desigualdad entre la realidad social y el mundo que imaginan las normas jurídicas.

Habitualmente aquellas personas que cuentan con recursos económicos para acceder a una esterilización quirúrgica en un medio privado son quienes menos lo necesitan, pues recurren a diario a métodos de anticoncepción menos cruentos. Se trata paradójicamente de quienes están impedidos económica y culturalmente de recurrir a dichos métodos tradicionales a quienes se les dificulta también, pero esta vez legalmente, ya que al acudir a instituciones hospitalarias públicas e intentar una esterilización definitiva como último recurso, se encuentran con la exigencia legal de previamente contar con una indicación terapéutica o sea sufrir una patología médicamente comprobada para justificar tal intervención.

En muchos casos, aún con la existencia de la nombrada indicación terapéutica se encuentran con que los médicos son reticentes a practicarlas sin una autorización judicial por el temor infundado que les inspira la ley de ejercicio profesional de medicina 17.132.

Como veremos posteriormente, el requerimiento previo de autorización judicial implica una interpretación de la ley, realizada por los especialistas médicos, exigiendo un requisito allí donde el texto legal nada dice.

En función de esta situación fáctica, el tema que me propongo indagar es el referido a las intervenciones quirúrgicas cuya finalidad es limitar la capacidad reproductiva

Aunque el eje de análisis sea la “ligadura de trompas”, por ser la que en nuestro medio más debates y polémicas ha suscitado en los últimos años (sobre ella se han centrado la mayoría de los fallos y discusiones doctrinarias) no obstante, los

fundamentos de los cuales me valdré para avalarla también son aplicables a la vasectomía.

Los conflictos en torno a la ligadura de trompas en su mayoría han sido abordados desde el ángulo de los derechos reproductivos y desde el planteo de la autonomía. Es importante notar que este planteo focaliza su atención en el paciente y soslaya la figura del médico, que queda “desprotegida” frente a divergentes interpretaciones del marco normativo.

El presente trabajo también se propone realizar un acercamiento desde los modelos éticos de la medicina, para analizar si el cambio de paradigma en la relación médico paciente - del modelo de beneficencia al modelo de autonomía - ha liberado un ámbito de práctica médica, respecto de las consideradas operaciones “prohibidas” y su relación con el derecho penal.

Cabe aclarar que en los supuestos a los que hago referencia en el presente trabajo se trata de personas con plena capacidad. No se analizarán conflictos respecto de personas con capacidad disminuida. Dentro de esta línea es mucho más amplio el campo de debate bioética ya que no hay consentimiento válido por parte del paciente. En tal sentido merece un análisis mucho más amplio que excedería el objetivo de mi trabajo.

## HIPOTESIS

El objetivo de mi trabajo de investigación es realizar el análisis desde una perspectiva jurídica sobre la situación normativa referida al tema de la esterilización y cómo esa normativa, ya sea por su mala interpretación o por no responder a las necesidades de un grupo de personas, muchas veces está en pugna con la actual realidad social y los intereses de los adultos; personas totalmente autónomas, con derecho a decidir y elegir que tipo de vida familiar quieren formar según los recursos con los que cuentan. Lo que busco exponer es que la esterilización no es más ni menos que un medio mas, para alcanzar ese proyecto y permitir el derecho a una “planificación familiar”. Por ello, no debería ser cuestionado ni puesto en tela de juicio a la hora de elegir un método anticonceptivo.

Debemos tener presente que muchas veces puede prevenir lo que para muchos es “un mal mayor” como ser un embarazo no deseado y su consecuente aborto. El tema en cuestión es, la persona que debe evitar ese mal mayor, dispone de los medios que le permitan tal prevención? Tiene una educación sexual que le permita decidir su proyecto de familia? Porqué existe el impedimento tabú como es el de la esterilización? Las leyes que regulan el ejercicio de la medicina, acompañan los cambios sociales y científicos y en su caso, que perjuicios producen? Más aún, en caso de decidir tal intervención, tiene el Estado, por medio de uno de sus tres poderes, competencia para autorizar una conducta tan íntima y personalísima? Estas son las preguntas que tratará de responder a lo largo del análisis del tema. Por supuesto, hay muchas cuestiones mas que irán surgiendo e intentaré analizar a lo largo de la exposición.

## **SITUACIÓN PROBLEMÁTICA**

## **La realidad social en la que vivimos<sup>1</sup>**

El derecho a la salud en Argentina se inserta en un contexto difícil. Es importante tener presente que el número total de pobres e indigentes se ubica en un porcentaje importante de la población. A comienzos de los años 70, los hogares que estaban debajo de la línea de pobreza<sup>2</sup> representaban un 6% del total. Hoy constituyen un 40%, según los datos oficiales<sup>3</sup>. Existen muchos otros que peor aun se encuentran bajo la indigencia<sup>4</sup> sin ningún tipo de cobertura social. La red de protección social del país es limitada alcanzando sólo a alrededor del 25% de las familias pobres; tanto la pobreza como la desigualdad en el reparto del ingreso, han empeorado en la última década.

Además de esta situación general del país, las estadísticas provistas por los centros de salud y reparticiones estatales que realizan promoción social en todo el país, trasuntan claramente la gravedad de la situación existente y permite apreciar, la imperiosa necesidad de ejecutar perentoriamente, acciones integrales dirigidas en forma específica a abordar decididamente esta problemática, para procurar una solución de fondo al respecto:

- a) En el país se producen aproximadamente entre 350.000 y 500.000 abortos por año. En nuestro país después del parto, las complicaciones derivadas del aborto, son la primera causa de internación en los hospitales públicos. El 30 % de las camas ocupadas por los servicios de Obstetricia, lo son por complicaciones de abortos, y un tercio de las cirugías realizadas se deben a la misma causa.<sup>5</sup>
- b) Las complicaciones del aborto constituyen la primera causa de muerte materna (representan un tercio del total) y muestran un preocupante aumento en la última década. Por abortos y/o mala atención del embarazo o parto, fallece diariamente

una mujer en la Argentina. Teniendo en cuenta una fecundidad media para el país de 2.6 hijos por mujer, la cifra de mortalidad materna es relativamente alta<sup>6</sup>.

- c) El 30 % de hogares argentinos tiene por Jefe de familia a mujeres cuya edad oscila entre 25 y 30 años. De ellas, un altísimo porcentaje muere por embarazos no tratados por desinformación y/o falta de medios y por abortos, dejando generalmente huérfanos entre dos y tres hijos.
- d) Entre un 19 y un 25 % de las madres de nuestro país son menores de 19 años, abarcando edades que llegan a 9, 11 o 12 años.
- e) Por año, nacen en nuestro país alrededor de 120.000 niños, hijos de mujeres menores de 19 años.
- f) Aproximadamente, el 50 % de las mujeres en nuestro país que accede a algún método de planificación familiar, lo hace sin prescripción médica, por falta de información y/o por pautas culturales.<sup>7</sup>

La tasa de fecundidad también presenta grandes diferencias de acuerdo al lugar de residencia; así, para el noroeste y nordeste el promedio de hijas/os duplica la tasa de la Capital Federal que es de 1,7<sup>8</sup>. Esta situación refleja el inadecuado acceso de las mujeres a información y servicios que les permitan acceder a programas de planificación familiar y evitar embarazos no deseados. Aquí puede verse algunas de las desigualdades sociales en el proceso de salud-enfermedad.

Además debemos tener en cuenta que la desocupación en Argentina desencadenó la pérdida de la cobertura de la obra social para gran parte de la población. Al analizar la cobertura de obras sociales según grupo de edad, se observa que las personas de 20 a 29 años presentan los menores niveles de cobertura, es decir que en el período más fértil y cuando tienen mayores necesidades, las mujeres están más desprotegidas en la atención de su salud. Para estas mujeres el hospital público es el

único ámbito posible de atención, lo cual produjo un aumento de la demanda a los hospitales públicos<sup>9</sup>

La diversidad de situaciones a nivel jurisdiccional deriva en la inexistencia de un nivel único básico de cobertura asegurada por la salud pública a todos los habitantes. Por el contrario, el nivel es variable y depende de la política de salud y de los recursos de cada una de las provincias. En general, el acceso a los servicios de planificación familiar, que incluyen el suministro de información y dispositivos anticonceptivos, es irregular en Argentina<sup>10</sup>. En el mismo sentido afirma el Dr. Badano "Nosotros en el Sáenz Peña entregamos mensualmente 700 cajas de píldoras anticonceptivas, colocamos unos 120 DIU y 400 inyecciones de anticonceptivos trimestrales, pero cuando tenemos problemas de provisión las pacientes se embarazan rápidamente porque falta más educación", indicó.<sup>11</sup>

A simple vista, la realidad refleja una fuerte desigualdad en el acceso a los servicios y métodos contraceptivos conforme a la edad y la pertenencia social de las mujeres: las adolescentes y las mujeres pobres son las más perjudicadas por la falta de oportunidades para acceder gratuitamente a métodos seguros y efectivos<sup>12</sup>. Por otra parte, los servicios de planificación familiar están aún menos disponibles en los puestos rurales de salud. A un costo de \$5 a \$ 25 por mes, "la pastilla", forma más popular de anticoncepción, es inaccesible para la mayoría de las mujeres pobres de todo el país<sup>13</sup>.

Es prioritario y esencial privilegiar la disminución de las inequidades entre jurisdicciones, y tender a que las personas concernientes se encuentren en igualdad de oportunidades tanto en el sistema público y privado, con igual acceso a servicios de regulación de la fecundidad con criterio de riesgo biológico y social.

En Argentina la disponibilidad de información sobre la prevalencia de uso de métodos anticonceptivos es muy limitada. La única información disponible, para algunos aglomerados urbanos, proviene de la Encuesta Permanente de Hogares en mayo

de 1994. Este relevamiento, permitió conocer una prevalencia: píldora (52%), preservativo (34%), ritmo (20%), dispositivo intrauterino (3%), diafragma (0,3%) y otros métodos (4%)<sup>14</sup>.

En todos los aglomerados se observa una relación positiva entre nivel de escolaridad y uso de métodos anticonceptivos.

## **CUESTIONES PREVIAS**

## **Aspectos técnico - médicos**

### **I- Métodos anticonceptivos:**

Actualmente las parejas tienen una posibilidad más cercana de elegir cuando tener un hijo y, sobre todo, pueden escoger el anticonceptivo que se adecua mejor a sus necesidades, a su forma de ser y de pensar. Actualmente los individuos pueden acceder a la posibilidad de vivir plenamente su sexualidad sin temor a un embarazo que no se desea en ese momento.

Por todo esto, la natalidad es un hecho totalmente controlable por los miembros de la pareja. En nuestro país muchos de nosotros (no así otros) tenemos acceso a diversos métodos que permiten decidir cuándo y cómo queremos reproducirnos. Esta situación, relativamente novedosa dio pie a acuñar el término paternidad responsable.

El desarrollo de las técnicas anticonceptivas y de la paternidad/maternidad responsable han condicionado de una forma relevante nuestras actuales formas de vida. Por ejemplo la incorporación masiva de las mujeres al mundo laboral, entre otras razones, ha resultado posible gracias a la existencia de técnicas que controlan las tendencias de nuestro organismo a la reproducción durante los periodos fértiles de nuestra vida.

Los medios para evitar el embarazo pueden solucionarse por medio de contraceptivos de acción transitoria y reversible, o bien se puede llegar a la esterilización (acción permanente- pero no definitiva como más adelante se ampliará). Entre los métodos transitorios podemos nombrar: coitus interruptus, condones, sustancias químicas espermaticidas, rítmico o de contención periódica, diafragma, hormonales, sintotérmico, dispositivos intrauterinos.

Diversos factores influyen en las tasas de fracaso de todos estos métodos anticonceptivos, entre ellos, el nivel de motivación, mayor edad y mayor duración de la

educación, imposibilidades de índole económicas tienen una fuerte correlación negativa con dicho fracaso<sup>15</sup>.

## **II - Anticoncepción y esterilización:**

Es importante diferenciar ambos conceptos. Hay muchos métodos que impiden la procreación, pero que, estrictamente hablando, no constituyen un acto de esterilización, como los anticonceptivos de barrera, (v.gr., los preservativos); los que destruyen los espermatozoides una vez que éstos penetran el tracto vaginal (v.gr., los espermaticidas); o los que hacen más espeso el moco cervical impidiendo así el paso de los espermatozoides al encuentro con el óvulo, (v.gr., las píldoras anticonceptivas cuando funcionan de esa manera).

Todos estos métodos impiden la concepción, es decir, el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide. Por ello se dice que su modo de acción es anticonceptivo, es decir, que impide la concepción. Pero dichos métodos, o los modos de acción de los mismos, no son esterilizadores en cuanto que

- no suprimen la facultad procreativa, es decir, no suprimen la producción de óvulos ni tampoco la de espermatozoides;
- no impiden el paso de los gametos (óvulos o espermatozoides) al interior de las vías genitales masculinas o femeninas.

## **III-Esterilización:** “esterilización”, “infertilización”<sup>16</sup> “o” “contracepción quirúrgica”<sup>17</sup>”

Se entiende por esterilización toda intervención médica o quirúrgica que causa en el paciente, hombre o mujer, incapacidad orgánica o funcional, temporal o definitiva.<sup>18</sup> A mi entender, como explicaré más adelante y en función de los adelantos técnicos, más que hablar de “definitiva” conviene utilizar el término “permanente”.

A diferencia de la castración – eliminación de órganos con pérdida de la capacidad sexual-, la esterilización importa la supresión de la capacidad pro creativa.<sup>19</sup>

### **Esterilización temporal - funcional:**

Caso de las píldoras antiovulatorias. Podría decirse que en el caso de las píldoras anticonceptivas cuando ellas actúan mediante un mecanismo que es el antiovulatorio, es decir, el impedir la ovulación, en esos casos, ello constituye una esterilización temporal, es decir una supresión de la facultad procreativa (en este caso femenina) durante un tiempo. A este tipo de esterilización supresora de la facultad procreativa, se le llama también esterilización funcional ya que suprime la propia facultad procreativa pero deja intacta la integridad del órgano reproductor. En el caso del mecanismo antiovulatorio ya mencionado de la píldora anticonceptiva, se trata de una esterilización funcional temporal, porque la supresión temporal del funcionamiento normal del órgano reproductor (en este caso del ovario) lo deja intacto.

### **Esterilización “definitiva” u orgánica:**

Cuando la esterilización se procura mediante la extirpación o modificación - quirúrgica o no- de alguno de los órganos indispensables para la procreación. Se llama también esterilización orgánica, porque el órgano reproductor ha sido afectado en su funcionamiento normal o extirpado. Esto último ocurre, por ejemplo, en el caso de la histerectomía, es decir, cuando se extirpa el útero y también en los casos de ligadura de trompas y vasectomías.

Cuando esto ocurre, los ovarios siguen produciendo óvulos, pero éstos no pueden pasar al interior de la vía genital femenina, es decir, al resto de la trompa y de ahí al útero. En el caso de la vasectomía, se impide a los espermatozoides salir de los testículos por medio de la resección de los canales deferentes y la sucesiva ligadura. .

Existe sobrada doctrina que interpreta que la ligadura de Trompas de Falopio, ya no es rigurosamente un método de esterilización, sino que hoy se trata de un método

denominado de infertilización, pues los efectos de dicho procedimiento, ante las nuevas técnicas quirúrgicas aparecidas y en práctica, pueden hoy resultar reversibles en grado variable. Por ello es que muchos prefieren decir que se trata de un método de “anticoncepción permanente” ante su posibilidad de reversibilidad.

Desde otro punto de vista, la esterilización puede ser:

La esterilización puede ser **Indirecta o “terapéutica”**: Consiste en la eliminación de un órgano indispensable para la procreación (o parte de él), en cuanto que su presencia constituye un grave riesgo para la salud del organismo, ya sea por estar seriamente dañado o porque su normal funcionamiento acarree una grave amenaza para todo el cuerpo. La intervención médica aquí puede darse no sólo cuando el órgano mismo está dañado de tal manera que constituye una grave amenaza para la salud del resto del cuerpo, sino también en el caso de que, aunque el propio órgano reproductor no esté enfermo, su funcionamiento normal constituye una grave amenaza para la salud. La esterilización “no es buscada en si misma, sino que es consecuencia de una acción terapéutica sobre el organismo enfermo, exigida por y para la salud o supervivencia de la persona (...) lo que se provoca ni es directamente la esterilización sino que esta se produce como consecuencia de una intervención más amplia sobre el organismo enfermo”<sup>20</sup> Casos como éste se dan cuando se produce la extirpación de ovarios enfermos, histerectomía, ablación de testículos, y otros órganos del aparato sexual afectados por alguna patología. En estos casos rige el “principio de totalidad” ya que los órganos sexuales como los demás órganos deben ceder por el bien del todo: es más importante la vida del individuo que un órgano o una función orgánica<sup>21</sup>. En ese caso, la esterilización no es ni un fin ni un medio para conseguir otro fin, sino una consecuencia no deseada e inevitable (si hubiera otra manera de resolver el problema se debería llevar a cabo ésa) de una intervención médica cuyo objeto es detener un grave problema para la salud del cuerpo independientemente de un futuro embarazo.

La esterilización **directa o “antiprocreativa”**: Es aquella que tiene como único efecto inmediato hacer imposible la procreación. La intervención se practica no estando el órgano reproductor enfermo ni constituyendo por ese hecho ni por su mero funcionamiento normal una amenaza para la salud del organismo de la persona que realiza la esterilización quirúrgica; sino que se practica para impedir un embarazo. La esterilización directa es o un fin en sí misma o un medio para conseguir otro fin, no es simplemente una consecuencia no deseada e inevitable de una intervención médica. Ella puede obedecer a distintas motivaciones, y es allí donde se diferencian:

- esterilización **directa eugenésica**: el fin de evitar la transmisión de serios problemas hereditarios para así "mejorar" la calidad de las personas, o sea, que se realiza con el fin de evitar una prole enferma.<sup>22</sup> Como ser casos de síndrome de Dawn por edad avanzada de la madre, enfermedades congénitas graves o infecto contagiosas.

- esterilización **directa preventiva**: Se realiza para impedir un embarazo que podría agravar alguna enfermedad. Tal es el caso de cesáreas sucesivas – cuyas cicatrices pueden plantear problemas de ruptura espontánea del útero en un embarazo posterior -, hipertensión arterial, insuficiencia renal, eclampsia convulsiva, antecedentes de abortos espontáneos, diabetes.<sup>23</sup> .

Como bien dicen los profesionales, debemos tener presente que “la medicina no solamente dedica sus esfuerzos a obtener la curación de las diversas afecciones que padece el ser humano, sino también, y principalmente a prevenir su aparición.”<sup>24</sup>

Cualquiera de los dos tipos podría encuadrar dentro de lo que la ley llama esterilización quirúrgica con indicación terapéutica

La pregunta que nos corresponde hacer ahora es ¿La **esterilización directa fundada en el solo deseo de no tener mas hijos** encuadraría en alguna de estas clasificaciones? O se tratará de una categoría aparte? Debido a las múltiples críticas que tiene esta practica creo yo que deberíamos considerarla como una categoría aparte y

conceptualizarla como aquella acción que tiene como objeto propio e inmediato bloquear, definitiva o temporalmente la facultad generativa de una persona (...) Se la busca como fin en sí misma en el ámbito de la planificación familiar, donde se pretende no concebir más hijos, lo que a su vez puede estar motivado en múltiples razones: económicas, sociales, familiares; etc.<sup>25</sup> Razones que pertenecen al ámbito de privacidad de la persona amparado y protegido por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

La **esterilización masculina** llamada también vasectomía bilateral, consiste en cortar y extirpar una pequeña parte del tubo (conductos deferentes) que transporta los espermatozoides desde los testículos, donde se forman, hasta las vesículas seminales, de manera tal que el líquido que se expulsa en la eyaculación no contenga espermatozoides. No tiene efectos secundarios, ni interfiere en la relación sexual, ni en la capacidad de erección. Se trata de una intervención sencilla en la que se utiliza anestesia local. Este método es definitivo (permanente), ya que después de la intervención, el hombre ya no podrá procrear.

La **esterilización femenina**, también llamada ligadura de trompas bilateral o lisis tubaria, consiste en cortar las trompas de Falopio o en la electrocoagulación, de manera tal que queda cerrado el paso entre los óvulos y los espermatozoides. La mujer continúa con su ciclo menstrual y sus ovulaciones pero los óvulos encuentran el camino cerrado y se desintegran. Tampoco interfiere en las relaciones sexuales. Actualmente, la intervención quirúrgica es muy sencilla

Debido a que la mayoría de artículos doctrinarios y fallos judiciales son referidos a la esterilización quirúrgica femenina, acotaremos el análisis del presente trabajo a éste tipo de prácticas solamente, dejando de lado la vasectomía, si bien los fundamentos jurídicos también pueden serle aplicables.

Ahora bien, que son las **Trompas de Falopio**? Al analizar su conformación exterior y fisiología vemos que se trata de dos conductos musculares cilíndricos, flexuosos, de 10 a 14 cm de longitud, que se insertan en ambos cuernos uterinos y se dirigen hacia abajo y afuera, poniendo en comunicación las cavidades uterina y peritoneal. Su función primordial es permitir la concepción (en el tercio externo del órgano); una enzima producida por la mucosa, facilita la penetración del espermatozoide en el óvulo. Otras funciones son: la captación del óvulo, el transporte de éste o del huevo y la nutrición de éste en sus primeras etapas. El recorrido del óvulo-huevo por la trompa se hace en 3-8 días<sup>26</sup>.

#### **IV- Métodos de esterilización quirúrgica femenina:**

La **minilaparatomía** se hace una pequeña incisión en el abdomen de 5 cm para localizar las trompas de falopio; posteriormente se las saca fuera del cuerpo por medio de una incisión, se extrae una porción de éstas y se atan las extremidades. Este método es común luego de la realización de partos por cesárea ya que las incisiones son de mayor longitud para que se de a luz al bebé, además, éste método es más fácil de efectuar en clínicas o centros de salud lejanos porque no requiere ningún equipo especial<sup>27</sup>

La **laparoscopia** primeramente se insufla el abdomen de la mujer con dióxido de carbono o con gas de óxido nitroso creando un espacio entre el intestino y el abdomen. Requiere el uso de un instrumento llamado laparoscopio, que se inserta en el abdomen para ver las trompas y guiar la oclusión. La incisión es mucho más pequeña (de 1 cm solamente). El uso del laparoscopio, que es un tubo delgado de acero inoxidable con un cable de fibra óptica Luego se inserta la luz de fibra óptica (haciendo una perforación en la pared abdominal) y el instrumento coagula las trompas con una corriente eléctrica. Requiere instalaciones médicas más especializadas. La intervención dura de 15 a 20

minutos. Se realiza con anestesia local o general, de tal manera que al término de ésta se puede regresar a casa después de un par de horas aproximadamente.

Existen cuatro métodos de oclusión que se realizan de forma generalizada, típicamente en el istmo de las trompas de Falopio, la parte estrecha de la trompa que está más cerca del útero:

**Salpingectomía parcial.** En este tipo de salpingectomía, que es el método de oclusión de uso más común, las trompas de Falopio se cortan y se atan con material de sutura. La técnica de **Pomeroy**, versión de la salpingectomía que se emplea mucho, consiste en atar la base de un asa pequeña de la trompa y en extirpar el segmento superior del asa. La salpingectomía parcial se considera segura, eficaz y fácil de aprender. No se requiere equipo especial para realizarla; se puede efectuar sólo con tijeras y suturas. Generalmente no se usa con laparoscopia.

**Grapas.** Las grapas bloquean las trompas de Falopio al comprimirlas y al interrumpir la irrigación sanguínea de una parte de las trompas, lo cual causa una pequeña cicatriz o fibrosis que impide que ocurra la fecundación. Las grapas más comunes son la grapa Filshie, que está hecha de titanio, y la grapa Wolf (también llamada grapa Hulka), hecha de plástico. Las grapas son fáciles de usar, pero cada tipo requiere un aplicador especial.

**Anillos de silicona.** Los anillos tubáricos, como las grapas, también bloquean las trompas mecánicamente. Este método consiste en pasar un asa muy pequeña de la trompa de Falopio por el anillo estirado. Cuando se suelta el anillo, éste interrumpe la irrigación sanguínea del asa. La cicatrización resultante bloquea el paso del óvulo o de los espermatozoides. El anillo de Yoon, que está hecho de silicona, se usa de forma generalizada.

**Electrocoagulación.** Este método emplea corriente eléctrica para coagular o quemar una pequeña porción de las trompas de Falopio. La coagulación unipolar hace

pasar la corriente a través de un fórceps que se coloca en las trompas y la corriente sale del cuerpo de la mujer a través de un electrodo colocado bajo el muslo. Esta técnica se usa muy poco porque se ha relacionado con un riesgo más alto de lesiones de los órganos. En la coagulación bipolar la corriente entra al cuerpo de la mujer y sale de él a través de los extremos del fórceps. La coagulación bipolar es más segura pero un poco menos eficaz que la unipolar<sup>28</sup>.

**Esterilización con Quinacrina:** Aunque la esterilización química es una idea con raíces muy antiguas, la primera investigación moderna se llevó a cabo en Alemania en los años 20, donde ciertos científicos comenzaron a investigar el uso del dióxido de carbono como un método de esterilización. Este método, aunque más rápido y fácil que los procedimientos quirúrgicos, también mató a muchas pacientes. En aquel entonces, como ahora, el deseo de los promotores de la esterilización era encontrar un medio rápido, barato y ampliamente disponible para eliminar la fertilidad femenina.

La investigación fue abandonada en los años después de la guerra, pero la reasumió en los años 70 el Dr. Jaime Zipper, inventor del dispositivo intrauterino de cobre. Zipper ensayó entonces con unas bolitas duras (tabletas) del fármaco que podían ser colocadas con más exactitud en los tejidos de las trompas de Falopio a unos pocos milímetros del sitio donde harían el mayor daño. Esta, con ciertos ajustes, ha sido la técnica desde entonces. Una vez que las tabletas de Quinacrina han sido colocadas cerca de las trompas de Falopio y se comienzan a disolver, los tejidos de las trompas comienzan a sufrir severos daños químicos. Las descripciones de los daños se parecen al diagnóstico de una grave enfermedad.

Dentro del propio movimiento en pro del control demográfico existe un continuo debate sobre este método de esterilización. Los entusiastas de la Quinacrina responden que mejores dosis, técnicas de inserción, momento óptimo y el posible uso de fármacos adicionales, hará que la tasa de fallas disminuya. Además, existe la preocupación de que

la Quinacrina sea un carcinógeno. Esta técnica es muy cuestionada y fue utilizada en países como India, Paquistán, Chile, Vietnam. El principal cuestionamiento deriva en que además de ser perjudicial para la salud, en la mayoría de los países en que se la utilizó fue como un método coactivo, donde por lo general las mujeres desconocían que se sometían a este tipo de intervención o bien, desconocían sus consecuencias secundarias<sup>29</sup>.

Según el método utilizado habrá mayor posibilidad de revertir los efectos de la esterilización quirúrgica.

## **V- Método de infertilización y no de esterilización**

Retomando el tema de la esterilización quirúrgica, a raíz de los avances de la ciencia es necesario realizar una Redefinición de los conceptos:

Se considera que la esterilización quirúrgica, tiene como único fin suprimir la fertilidad, evitar la fertilización casi siempre en forma definitiva.<sup>30</sup>, pero es un método de infertilización femenina, y no de esterilización, como comúnmente se cree ya que se puede llevar a cabo la cirugía reversible por medio de las actuales técnicas de permeabilización para revertir esta infertilidad.

En cuanto a los efectos de la intervención quirúrgica, resulta esclarecedor lo manifestado por el doctor Nicholson, en oportunidad de haber sido convocado por la Comisión de Salud de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires para que brindara asesoramiento científico sobre el tema: “Todo el mundo cree que la llamada ligadura tubaria –al principio era ligadura tubaria– es irreversible. Eso no es así. En muchos lugares del mundo hay estadísticas que demuestran que mujeres que se han seccionado las trompas (...) si se hacen la anastomosis<sup>31</sup> en la terminal de las trompas seccionadas, tienen un setenta u ochenta por ciento de posibilidad de éxito. Incluso, hay

procedimientos más fáciles como la colocación de unos clips que se sitúan por laparoscopia y se produce la obstrucción tubaria. Si la mujer resuelve tener hijos, vuelve a hacerse otra laparoscopia, se sacan los anillos o los clips y puede perfectamente volver a quedar embarazada”<sup>32</sup>

Así mismo, para tener un concepto mas claro sobre en que consiste la anastomosis por vía de microcirugía, “se corta la parte de la trompa dañada por la ligadura y se unen de nuevo al útero. Por regla general, el índice de éxito de la inversión depende de la longitud de la trompa en buen estado que queda. Si sólo resultan dañados unos pocos milímetros a consecuencia de la ligadura, el índice de éxito puede ser hasta un ochenta por ciento, pero si el daño afectó mas de la mitad de la trompa, el índice de éxito de la inversión oscila entre el diez y el cuarenta por ciento”<sup>33</sup>

Es decir, y corresponde destacarlo, los efectos de la intervención no son definitivos: la ligadura de trompas de Falopio no se trata de un método de esterilización sino de un método de infertilización

Al respecto la jurisprudencia reafirma: “Además, aún cuando reiteradamente se califica a esta intervención como "esterilizante" y "mutilante" y si se entiende por "«esterilizar»: hacer infecundo lo que antes no lo era"; por "«esterilidad»: enfermedad caracterizada por falta de aptitud de fecundar en el macho y de concebir en la hembra", y, finalmente, por "«mutilar»: cortar una parte del cuerpo"<sup>34</sup>; necesario resulta concluir que tales calificativos se encuentran hoy, al menos, absolutamente en crisis a la luz de los avances logrados por la biotecnología, toda vez que actualmente la ligadura tubaria - que, merece aclararse, no implica cercenamiento sino obstrucción de la trompa- no impide tampoco un futuro embarazo mediante técnicas de fecundación asistida (por eje.: microinyección de espermatozoides, disección parcial de la zona relucida del óvulo, etc.), a la vez que existen también técnicas de permeabilización que resultan exitosas, como la recanalización quirúrgica de los conductos ligados en la que, vía microcirugía,

se corta la parte de la trompa dañada por la ligadura y se une de nuevo al útero y, si sólo se dañaron unos pocos milímetros con la práctica de la ligadura, el índice de éxito de la operación puede ser hasta del 80% y, si el daño afectó a más de la mitad de la trompa, el índice de éxito de la inversión oscila entre el 10% y el 40%<sup>35</sup>, por lo que, como mínimo, cabe someter a una duda severa aquellos rígidos conceptos vinculados a la -hoy muy relativizada- irreversibilidad de la operación de ligadura de trompas, pudiendo perfectamente entenderse actualmente que dicha intervención no es esterilizante ni mutilante”.<sup>36 37</sup>

## **VI- Complicaciones de una esterilización quirúrgica**

A raíz de esta intervención se pueden producir infecciones, daño a la vejiga, quemaduras y perforación del intestino. A largo plazo puede surgir el “síndrome de postligadura de las trompas”: dolor severo durante la menstruación, de largos y más profusos períodos, dolor durante el acto sexual, en la pelvis, tumores en los ovarios. Los ovarios no funcionan adecuadamente ya que sufren la interrupción del suministro de sangre.

## **VI- Riesgo de embarazo tras esterilización tubárica**

Algunos autores consideran que la ligadura de trompas no es 100% efectiva ya que puede surgir el embarazo por un error en la cirugía, por equipo dañado o por los procesos naturales en donde el cuerpo restablece una conexión desde el útero hasta la cavidad abdominal.<sup>38</sup>

En un estudio multicéntrico se valora la eficacia de En 10685 mujeres analizadas se registraron 143 embarazos clasificados como fracaso de la ET. La tasa acumulada de fracasos a los 10 años fue de 18.5/1000 procedimientos.

La salpingectomía parcial y la coagulación unipolar laparoscópica los métodos más eficaces (tasas de fracasos de 7.5/1000) y la aplicación de clips el menos eficaz (tasa de fracasos de 36.5/1000).

La probabilidad de fracasos acumulada a los 10 años fue mayor en las mujeres menores de 28 años que en las mayores de 34 cualquiera que fuera la técnica utilizada exceptuando la salpingectomía parcial. Estos resultados demuestran que la Esterilización Tubárica es un método altamente eficaz para prevenir el embarazo, aunque el riesgo es superior al generalmente descrito y sigue estando presente varios años después de la realización.<sup>39</sup>

También hay riesgo de embarazo en las trompas (ectópicos). Aunque el embarazo es poco frecuente después de esta intervención, es posible una gestación y puede implantarse fuera del útero. En el estudio multicéntrico, prospectivo y de cohortes de 10.685 mujeres sometidas a esterilización se comprobó en un muestreo entre los 8 y 14 años posteriores que ocurrieron 47 embarazos ectópicos. La posibilidad acumulada a los 10 años de embarazo ectópico para todos los métodos de esterilización fue de 7,3 por cada 1.000 acontecimientos. La posibilidad de embarazo ectópico fue 27 veces más frecuente cuando se usó coagulación bipolar en comparación con la salpingectomía parcial posparto<sup>40</sup>.

Como corolario, las únicas esterilizaciones quirúrgicas que son 100% efectivas son la castración del hombre, mediante la remoción de los testículos y la castración en la mujer, haciendo lo propio con los ovarios.

## **MARCO TEORICO**

## **DERECHO A LA SALUD Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS**

Conforme a lo expresado precedentemente al hacer referencia a la problemática situación actual en la que vivimos, la población de la Argentina está muy lejos de obtener un adecuado nivel de salud sexual y procreación responsable. Los patrones de fecundidad no regulada, el aumento proporcional de embarazos adolescentes, la alta incidencia del aborto, el aumento de la incidencia de enfermedades de transmisión sexual, el aumento de casos de sida perinatal y el incremento en la transmisión heterosexual del virus de síndrome de inmunodeficiencia adquirida, reflejan parte del sufrimiento humano relacionado con el proceso reproductivo. El tema métodos de contracepción quirúrgica voluntaria, dentro de una perspectiva global de los derechos de salud, constituye un tema aún pendiente en el diseño y en la implementación de políticas públicas.

Al respecto, la responsabilidad del Estado se resalta aún más desde que diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, han sido incorporados a nuestra Constitución por lo que las declaraciones programáticas de aquéllos se convierten, a raíz de esa incorporación, en derechos exigibles por parte de sus titulares.

Sin embargo, la situación actual refleja que lo referido precedentemente no siempre se traduce en la formulación y puesta en práctica de planes y programas vigorosos y sostenidos que logren impacto en los indicadores de salud, como por ejemplo los materno-infantiles cuyas cifras no han mejorado en la medida en que podría esperarse por el grado de riqueza y desarrollo tecnológico de la Argentina.

Esta situación obedece a una compleja constelación de causas entre las cuales se cuentan con las siguientes: grandes diferencias en el desarrollo socioeconómico entre jurisdicciones, una evidente ineficiencia en el gasto en salud y las características generales de los servicios de salud en el país<sup>41</sup>

## **Concepto de salud y enfermedad**

Antes de 1978, la salud era considerada como la mera ausencia de enfermedad, desde un nivel orgánico. En 1978, la OMS (Organización Mundial de la Salud) definió la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”<sup>42</sup> A partir de aquí la salud comenzó a entenderse como una entidad bio-psico-social.

## **Protección Normativa del derecho a la salud**

La salud ha sido reconocida, en el ámbito nacional e internacional, como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que el bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano constituye un derecho que el Estado está obligado a garantizar. Así mismo, la salud comprendida como integridad psicofísica también se encuentra protegida por disposiciones de derecho constitucional, internacional, civil y penal.<sup>43</sup> De tal modo, podemos considerar a la salud un bien jurídico individual y a su vez, bien jurídico social como soporte del derecho social a la salud. Así se ha dicho que este derecho pertenece al grupo de los derechos de “segunda generación” pues, a la luz de la concepción social del constitucionalismo, su centro de gravedad se ha desplazado de lo individual a lo social. Pertenece a la categoría de los derechos programáticos<sup>44</sup>.

## **Normas Internacionales**

La primera norma internacional que consagra expresamente el derecho a la salud es la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que refiere como uno de los derechos fundamentales “el disfrute del más alto nivel posible de salud”.

Por otra parte, “el preámbulo de la Organización Mundial de la Salud afirma que el beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales

de cada ser humano, sin distinción de raza, religión, credo político, condición social o económica.... Esta filosofía reafirmada en numerosos documentos posteriores ha gravitado en las modernas democracias constitucionales, razón por la cual en un estado social y democrático de derecho ha tomado consistencia: “un principio moral, la consideración de que la salud es un valor en sí, perseguible y alcanzable en función de crecimiento humano, conectable pero no subordinable a interés interno... y ha tomado fuerza una esperanza, asociada a un objetivo jurídico-político: el derecho a la salud”.

#### **Tratados Internacionales:**

- Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>45</sup>,
- Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre<sup>46</sup>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>47</sup>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos."Pacto de San José de Costa Rica"<sup>48</sup>
- El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, denominado Protocolo de San Salvador<sup>49</sup> Se trata de una norma que amplía y profundiza el contenido esencial del Pacto, imponiendo al Estado obligaciones positivas y concretas, destinadas a hacer efectivo el derecho consagrado.
- La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>50</sup>
- Convención sobre los Derechos del Niño<sup>51</sup>

Como es posible advertir, los Estados –dentro de los cuales se encuentra la Argentina– se obligan a adoptar acciones positivas para garantizar el derecho a la salud.

## **Normas Constitucionales**

¿Existe un derecho constitucional a la salud? Éste no figura en la constitución de 1853- 1960, atento a las ideologías entonces vigentes, para las cuales el cuidado de la salud importaba en principio, una cuestión a atender por cada uno, y no por el estado.

Sin embargo, ya en el siglo pasado hay fallos que establecen que el gobierno estaba obligado a “proteger la salud pública”

La doctrina también entiende al derecho a la salud como un derecho no enumerado, ubicable dentro del art.33 de la Constitución Nacional, y a partir del caso “Ponzetti de Balbín” la corte ubicó la protección de la salud mental y física en el art. 19 de la Constitución. Y en “Baricalla” (fallos, 310:112) la corte dedujo que el derecho a la preservación de la salud, no es sino un corolario del derecho a la vida.<sup>52</sup>

En el marco de las constituciones provinciales la de Santa Fe fue una de las primeras en consagrar en su art. 19 el derecho a la salud.<sup>53</sup> Así mismo, la reciente Constitución de la Ciudad de Buenos Aires recepta todos estos principios que regulan el derecho a la salud, y lo garantiza en su artículo 20<sup>54</sup>.

## **Derecho a la sexualidad – Salud reproductiva**

Podemos afirmar que existen problemas de salud específicos de las mujeres. La fertilidad se encuentra fuertemente ligada al concepto de salud o salud reproductiva.

La Organización Mundial de la Salud define a la salud reproductiva como el logro de cuatro objetivos específicos:

- 1) que todas las parejas tengan la posibilidad de reproducirse y de regular su fecundidad;
- 2) que toda mujer pueda gozar de un embarazo y un parto con total seguridad de salud;
- 3) que el resultado del embarazo tenga éxito tanto en término de la sobrevivencia como del bienestar de la madre y del niño; y

4) que todas las parejas puedan gozar de relaciones sexuales sin miedo de un embarazo no deseado o de contraer una enfermedad.

En nuestra época se reconoce que la sexualidad responde a una necesidad y representa un área de la vida que conlleva placer, disfrute y comunicación, tanto para los varones como para las mujeres. También se reconoce que esta necesidad no siempre está vinculada con el deseo de procrear. Existen formas de separar ambas áreas de la vida, la sexualidad respecto de la procreación.

## **Consecuencias del derecho a la salud y a la salud reproductiva:**

### **La planificación familiar**

La planificación familiar es el conjunto de valores y acciones que permiten a la pareja humana tener el número de hijos que desee, cuándo y cómo lo desee, libremente, en conciencia. Es la adopción voluntaria de alguna forma de contracepción.

La contracepción es el conjunto de técnicas utilizadas para controlar la fecundidad de las personas permitiendo planificar los nacimientos de los hijos en el momento deseado, sin renunciar a una actividad sexual normal.

Entre los beneficios de la planificación familiar podemos enunciar:

- Desempeña un papel vital en la reducción de la pobreza y en la mejora de las condiciones de vida.
- Desde una perspectiva de los Derechos humanos, ayuda a los individuos a seleccionar libremente el tamaño de sus familias.
- Mejora de la condición de la mujer y de sus opciones vitales. Un mayor control sobre la fecundidad permite a las mujeres mejorar su posición social y ampliar sus perspectivas de futuro, sobre todo en aquellos contextos en los que las oportunidades

educacionales y laborales están en expansión. Con ello se da fiel cumplimiento a la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

- Reducción de la presión sobre el sistema educativo. A nivel macroeconómico, cuanto más elevada es la proporción de la población en edad escolar, mayor es la presión a la que están sujetos el sistema escolar y los recursos públicos destinados a la educación.

- Reducción de la presión sobre el medio ambiente y los servicios públicos. El descenso de la fecundidad puede contribuir a reducir la presión que ejerce la población sobre el medio ambiente. También puede ampliar el margen de maniobra de los gobiernos para hacer frente a las necesidades de empleo o de vivienda, y para responder adecuadamente a la demanda de servicios públicos básicos.

A pesar de que los beneficios sociales y personales resultan claros, sin embargo, no siempre es posible llevarla a cabo por todos los miembros de la sociedad y es allí donde puede traer aparejados problemas tanto en el ámbito estatal como familiar.

La calidad de vida, un sistema de vida compatible con la dignidad humana, cuestiones demográficas, objetivos económicos a nivel nacional, abortos clandestinos, repercusiones morales, el hacinamiento en que viven numerosas familias, problemas de educación y salud, libertad de elección, son algunas de las cuestiones que abren el debate.

**Existe un derecho constitucional a requerir al estado atenciones asistenciales efectivas, preventivas o terapéuticas, en caso de ser ello necesario?**

De acuerdo al principio de subsidiariedad, el estado debe brindar tales beneficios cuando la actividad privada sea insuficiente u onerosa, e instrumentar planes de salud, creación de centros asistenciales o suministro de medicamentos.

En alguna medida esto ocurre, mas no porque el estado entienda que hay un derecho subjetivo de cada ciudadano a tales servicios, sino como gesto humanitario o de política discrecionalmente implementada por el estado.<sup>55</sup>

Los avances científicos permitieron a la profesión médica traspasar los límites de la mera atención y tratamiento de enfermedades para también comenzar a prevenirlas<sup>56</sup> Por ello, los valores éticos señalan la necesidad de atender con prioridad los grupos de mayor necesidad (mujeres que solicitan esta intervención), en virtud del principio de justicia distributiva. *El Estado debe propender a garantizar una oferta anticonceptiva amplia que no excluya a ninguno de los métodos científicamente reconocidos disponibles en nuestro país* y que aseguren a hombres y mujeres sus derechos sexuales y de procreación responsable, que son parte de los derechos humanos.

En función de esto, **¿podría una persona exigir al estado una intervención quirúrgica que implique una medida de contracepción?** A modo de analogía con el caso Barricalla (fallo 310:112) en donde el actor realizó una pretensión basada en el suministro de clotoxina, la Corte Suprema a modo de hipótesis se preguntó en que medida el actor podía exigir y el estado estaría obligado a satisfacer, una prestación de salud. En este caso, por una cuestión fáctica y formal, la corte concluye negativamente porque el actor no demostró que el tratamiento reclamado tenga eficacia para el fin que lo motivaba<sup>57</sup>, pero en un caso como el que nos compete, el de un pedido de contracepción quirúrgica, en donde es notoria la eficacia y que los hospitales cuentan con los medios para ello, no habría razón para desestimarla.

Entonces, a la luz de todo lo expresado, **cabe preguntarse si razonablemente ¿se puede prohibir o impedir la aplicación de los métodos de contracepción quirúrgica?**

Se trata de métodos que están incluidos dentro del concepto de salud reproductiva, siendo ésta una concepción que, sin dejar de lado la satisfacción de los derechos individuales, contempla también su rol social mediante una concientización colectiva y poblacional, fomentando el compromiso y la responsabilidad hacia el logro del desarrollo humano y social”<sup>58</sup>

En el mismo sentido, el doctor Santos Cifuentes señala: “...a la postre no es más que uno de los métodos de anticoncepción al que pueden acudir los matrimonios y parejas... y que no existen motivos para retacear el derecho frente a problemas humanos de la reproducción, a menos que imponamos a las personas desde nuestra particular idea de la moral conductas a seguir, pero esto respeta poco la libertad personal y de cada uno, la intimidad y la dignidad de los individuos...”<sup>59</sup>

Así, entonces, el presente trabajo lo que busca es intentar esclarecer la problemática y en función de ello poder tomar medidas claras sobre estos métodos con relación a dos situaciones:

- cuando media grave riesgo para la salud integral (esterilización quirúrgica con indicación terapéutica)
- a solicitud de la persona concerniente. (esterilización quirúrgica como método anticonceptivo)

En el primer caso, es indudable que no existen polémicas ya que, se trata de los casos en los que media indicación terapéutica y por lo tanto estaría enmarcada dentro de lo que permite la normativa vigente. A este respecto solo bastará realizar una interpretación de la ley y capacitar a los médicos (en lo que al marco legal se refiere) para evitar innecesarias autorizaciones judiciales y evitar poner en marcha el ya saturado sistema judicial.

Respecto de la decisión personal, cuando es a solicitud de la persona interesada, sí es objeto de polémica ya que no sólo están en juego cuestiones como de la libertad de conciencia y la intimidad sino también de conductas autorreferentes, la teoría del consentimiento informado y autonomía.

Hay autores que se oponen a este tipo de intervenciones afirmando que existe un derecho – deber a la integridad corporal. Este deber se expresa a través del principio de indisponibilidad del cuerpo y fundamentan el deber de conservar la propia integridad

corporal sobre la base de que no tenemos un “derecho de propiedad” sobre el propio cuerpo justamente porque el cuerpo no es cosa. Si fuera cosa, el hombre si podría aniquilarlo, mutilarlo y disponer de él. “El cuerpo mientras esté vivo y forma un todo orgánico, no es una propiedad de la persona, sino que es la persona misma”. Así mismo alegan que cuando se habla de “derecho sobre el propio cuerpo” se refiere a la autoridad natural que todo hombre ejercer sobre su cuerpo, lo que le permite desplazarse de un lugar a otro.<sup>60</sup>

Afortunadamente muchos otros autores discrepan con esta postura, inclusive la misma Corte en el caso Bazterrica con voto mayoritario argumenta que parecería que ese derecho a autodegradarse, atentar contra la propia salud, automutilarse, consumo excesivo de alcohol o drogas se encuentra amparado en el art. 19

Por todo lo expresado, se coincide plenamente con la Declaración del Congreso Latinoamericano de Salud Sexual y Reproductiva, llevado a cabo en la Ciudad de Buenos Aires en el mes de abril de 2000, en cuanto a “que se deben realizar esfuerzos para que la población asuma esta temática como un derecho demandable y exigible en su condición de ciudadano para lo que se debe continuar avanzando en la difusión de la información y la construcción de mecanismos de reclamo, esto es de las vías mediante las cuales toda mujer y todo hombre, en ejercicio de su capacidad de autodeterminación, se pueda apropiar de las decisiones sobre su salud sexual y reproductiva”.

## **DERECHO A LA IGUALDAD**

Como se menciona en varios fallos judiciales la esterilización quirúrgica es practicada (secretamente) en la medicina privada, mientras que si se solicita tal practica en un hospital público, medie o no indicación terapéutica, el paciente se ve obligado a recurrir a la justicia para obtener una autorización que habilite al médico a realizar la intervención.

Esta situación pone en pugna el derecho a la igualdad y obviamente a la salud. El beneficio de gozar de elevados niveles de salud es uno de los derechos fundamentales de cada ser humano, sin distinción de raza, religión credo político, condición social o económica.

Está claro que no podemos hablar de salud sin acceso efectivo a servicios de sanidad, educación, vivienda, trabajo y alimentación digna. Implica ver de frente una realidad que golpea a los más desprotegidos, ya que quien desee hacerse una LT, y pueda pagarla, no asiste a un hospital, es sabido que estas prácticas se realizan en instituciones privadas. La verdad es que hay una clase de ciudadanos que pueden comprar su derecho a decidir su proyecto de vida y otros tienen que mendigarlo en los tribunales, en algunos casos el juez hace valer las garantías; y en otros, la inequidad continúa.

Se debemos ser respetuosos de la voluntad de las personas a poder decidir. Pero para que las personas puedan tener la libertad de decidir deben tener los medios para poder hacerlo, porque no son libres de decidir cuando la decisión está sujeta a una cuestión económica a la cual no pueden hacer frente.

## **ASPECTO LEGAL**

### **Normas jurídicas y deontológicas<sup>61</sup>**

Nos toca abarcar ahora la problemática de la esterilización quirúrgica haciendo referencia al plexo normativo referido al tema tanto en el ámbito nacional como provincial.

Debemos tener en cuenta que la Nación es la encargada de emitir los títulos habilitantes y que corresponde a las provincias la entrega de matrículas y el ejercicio del poder de policía por medio de los colegios de profesionales. En consecuencia, por

delegación administrativa son los colegios de médicos los encargados de aplicar los códigos deontológicos.

### **I - Ámbito Nacional:**

Comenzamos haciendo referencia a la ley nacional ya que ella sirvió de inspiración a varias normas provinciales y muchos de los fallos caen bajo esta ley pero por su ámbito de aplicación sólo se circunscribe a Capital Federal.

#### a) Normas Legales:

La Ley de Ejercicio de la Medicina en Capital Federal y Territorios Nacionales N° 17.132<sup>62</sup>, claramente diferencia dos situaciones:

1) En su **art. 19** establece que *“Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:*

*Inc. 3) 2° párrafo: “en las operaciones mutilantes, se solicitará conformidad por escrito del enfermo – esta norma hace al principio bioético de la autonomía y, parcialmente, atiende a la regla del consentimiento informado-, “salvo cuando la inconciencia o alienación o gravedad del caso no admitieran dilaciones”*

*Inc. 4) no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial”.*

2) En su **art. 20** reza que *“Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:*

*Inc. 18) practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”, lo que resulta conforme con los principios bioéticos de beneficencia (bienestar del paciente) y de justicia (en las intervenciones biomédicas)*

Es decir, que la ley que rige la actividad médica en nuestro país requiere la autorización judicial previa cuando se trata de una operación de cambio de sexo, pero sólo requiere la indicación terapéutica para la realización de intervenciones que provoquen la esterilización.

b) Normas deontológicas:

Código de Ética Médica de la Confederación Médica de la República Argentina, que data del año 1955, prescribe que “el médico no podrá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica determinada” (art. 19), requiriendo que para cualquier operación mutilante el médico cuente con la previa autorización por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles” (art. 15 párr. 1º)

La Asociación Médica Argentina tiene también su código de ética elaborado en el año 2001, respecto de la anticoncepción establece en su capítulo 27 que:

*Art.-472 No se puede proponer métodos esterilizantes (definitivos o reversibles) como tratamientos anticonceptivos cuando no exista una indicación médica precisa.*

*Art.-473 El médico debe respetar los derechos personalísimos, de autonomía y dignidad de la persona humana en la elección del método por los pacientes.*

## **II - Normativa Provincial:**

### **A - Provincia de Buenos Aires:**

En forma más o menos similar, Código de Ética Médica de la Provincia de Buenos Aires <sup>63</sup> en su art. 23 establece las mismas pautas: “*El cirujano no podrá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica perfectamente determinada y no reemplazable por otro método de igual eficacia. De no presentarse una situación de urgencia, deberá recabar el consentimiento del enfermo o de un familiar próximo si aquél, por distintas circunstancias, no estuviere en condiciones de*

*otorgarlo. Podrá, si lo considera necesario, solicitar el consentimiento por escrito o ante testigos válidos. Lo prescripto en este artículo es válido también para las prácticas radioterapéuticas.*

**B - Santa Fe:** Ley N° 4.931

En la provincia de Santa Fe, el ejercicio regular de la medicina se halla normado a través del “Código de Ética de los Profesionales del arte de curar y sus Ramas Auxiliares”, Ley N° 4.931 del año 1958 el cual al igual que la mayoría de códigos deontológicos provinciales se creó en concordancia con la ley nacional N° 11.132. En su art. 55 sostiene que *“El cirujano no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración, etc.) sin previa autorización del enfermo, la que se podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles (consentimiento informado). Se exceptúan los casos en los cuales la indicación surja del estado de los órganos en el momento de la realización del acto quirúrgico o cuando el estado del enfermo no lo permita...”* (Excepciones a la regla del consentimiento informado.)

El art. 56 dice *“El cirujano no podrá esterilizar a un hombre o a una mujer sin una indicación terapéutica perfectamente determinada, previa consulta hecha preferentemente con un facultativo especializado en la materia y después de haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos de la reproducción. El consentimiento debe ser recabado por escrito o ante testigos válidos”* (Regla del consentimiento informado)

**Nueva ley Provincial:** ANTICONCEPCIÓN QUIRÚRGICA - LEY 12.323<sup>64</sup>

Como bien se dice en las versiones taquigráficas, la norma pretende clarificar y viabilizar dentro de un marco de seguridad, tanto para el paciente como para el médico actuante, el derecho a optar por la Ligadura de Trompas de Falopio, en el caso de la

mujer, o por la Vasectomía, en el caso del hombre, como métodos de anticoncepción, en los casos que fuera necesario

Con esta regulación, Santa Fe se incorpora junto a Río Negro, Mendoza, Neuquén, y Chubut, a las provincias que han aceptado el desafío de una franca y legítima discusión, anteponiendo las necesidades reales de su gente sobre cualquier controversia doctrinal.

A partir de la sanción de esta ley, los hospitales públicos van a poder realizar este tipo de prácticas, que viene a complementar algo que ya existe de hace tres años en nuestra Provincia, que es la ley 11.888, de Salud Reproductiva, que prevé métodos anticonceptivos.

*ARTICULO 1º.- El Ministerio de Salud, por intermedio de los efectores públicos de salud, posibilitará el acceso a métodos de anticoncepción quirúrgicos denominados ligadura de Trompas de Falopio para las mujeres y Vasectomía para los hombres*

*ARTICULO 2º - Facúltase a los profesionales de salud idóneos, a realizar las prácticas médicas mencionadas en el artículo 1, previo cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 4º.*

*ARTICULO 3º.- Facúltase a la Autoridad de Aplicación a autorizar la aplicación de otros métodos de anticoncepción quirúrgicos que en el futuro fueran aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación.*

*ARTICULO 4º.- En los casos previstos en los artículos 1 a 3, se requerirá del paciente, en forma previa a la intervención:*

- a) su expresa voluntad y consentimiento por escrito;*
- b) su conformidad de haber recibido información de las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados;*
- c) su conformidad de haber recibido información de las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias.*

*El detalle de la información suministrada respecto de los ítems b) y c) serán transcriptos y formarán parte del consentimiento del punto a), debiendo ser rubricados conjuntamente, entregándose al paciente copia de lo actuado, a los efectos de acreditar el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo ante quien corresponda.*

*ARTICULO 5°.- En el caso de incapaces declarados judicialmente, los métodos de anticoncepción quirúrgica, podrán ser aplicados previa autorización escrita de su curador, quien a su vez deberá contar con la pertinente venia judicial.*

*ARTICULO 6° - -El paciente capaz, o el representante legal en el caso de los incapaces previstos en el artículo 5, contarán con el previo asesoramiento e información detallada de un equipo interdisciplinario, cuya formación y funcionamiento será reglamentado por la Autoridad de Aplicación que asegure el estado de plena conciencia y el conocimiento de los alcances y de las consecuencias de la elección de un método de anticoncepción quirúrgico.*

*ARTICULO 7°.- Los métodos de anticoncepción quirúrgicos autorizados por la presente, forma parte del programa creado mediante la Ley 11.888 y se integran al mismo con todas la previsiones allí contempladas, así como con sus objetivos y orientaciones. (ley de salud reproductiva)*

*ARTICULO 8°.- La Autoridad de Aplicación de la presente, es el Ministerio de Salud de la Provincia.*

*ARTICULO 9°.- El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley dentro del plazo de 90 días a partir de su promulgación.*

*ARTICULO 10°.- Comuníquese al Poder Ejecutivo.*

### **C- Neuquén: LEY 2431<sup>65</sup>**

*Artículo 1° La presente Ley tiene por objeto incorporar a la práctica de la medicina los métodos contraceptivos quirúrgicos para mujeres y hombres de la Provincia del*

*Neuquén, en el marco del “Programa Provincial de Salud Sexual y Reproductiva”*<sup>66</sup>

Artículo 2° Incorporase el artículo 19 bis a la Ley 578. “Artículo 19 bis *Las intervenciones de contracepción quirúrgica serán prácticas médicas permitidas a realizarse por los profesionales que ejerzan la medicina.*”.

Artículo 3° Derógase el inciso 18) del artículo 20 de la Ley 578.

Artículo 4° Modifícase el inciso b) del artículo 4° de la Ley 2222, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 4° b) *Prescripción, colocación, suministro de anticonceptivos y/o prácticas de métodos de contracepción quirúrgica.*”.

Artículo 5° Modifícase el artículo 6° de la Ley 2222, el que quedará redactado de la siguiente manera: “Artículo 6° *Los métodos anticonceptivos a que hace referencia esta Ley podrán ser de carácter reversible y transitorio, como así también definitivos. En todos los casos el método elegido deberá respetar el derecho de autonomía personal, requiriéndose el consentimiento informado por escrito.*”.

### **C - Río Negro:**

La ley n° 3338<sup>67</sup> regula al ejercicio de los profesionales de la salud en la Provincia de Río Negro, nada decía al respecto, por ello los médicos, en general de los establecimientos públicos, manifestaban que ante la ausencia de normas provinciales sobre el tema en cuestión, elegían discrecionalmente regirse por la ley n° 17.312 de jurisdicción nacional no aplicable en territorio provincial. Por ende, no realizaban este tipo de intervenciones y de hacerlo, recurrían al engorroso e innecesario trámite de la autorización judicial.<sup>68</sup>

El poder legislativo provincial procedió a modificar la ley que regula el ejercicio de la medicina para cubrir este vacío legal y evitar que los médicos continúen rigiéndose por la ley nacional. La práctica en cuestión quedó encuadrada dentro del

artículo 24 inciso a) pero de todas maneras se propuso una inclusión expresa al final del párrafo para dejar en claro la licitud de esta práctica.

*Artículo 1º.- Modifícase el inciso a) del artículo 24 de la ley n° 3338, el que quedará redactado de la siguiente forma: Artículo 24.- A los efectos de la presente ley será considerado ejercicio de la medicina:*

*a) anunciar, prescribir, indicar, aplicar, supervisar, cualquier procedimiento para la investigación, el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y rehabilitación de las enfermedades que afectan a las personas, así como la promoción de la salud a través de la administración de medicamentos o la realización de prácticas o maniobras cruentas, invasivas o potencialmente peligrosas. Quedan incluidas dentro de estas prácticas la ligadura de trompas y la vasectomía.*

#### **D - Tierra del Fuego:**

También la ley de salud sexual y reproductiva de la provincia de Tierra del Fuego ( Ley N° 509 modificada por ley N° 533) que en su actual art. 8 dispone que “ (...)Para el caso en que los métodos anticonceptivos comprendidos en el párrafo inmediato anterior del presente artículo, resulten insuficientes y/o inconvenientes para salvaguardar la salud de los beneficiarios - entendiéndose que el concepto salud aquí empleado es el que determina la Organización Mundial de la Salud - se establece como excepción que los beneficiarios podrán utilizar métodos de anticoncepción quirúrgica, ya sea mediante la ligadura de las trompas de Falopio en la mujer o la vasectomía en el hombre, para lo cual deberán contar previamente con todo el asesoramiento e información debidamente detallada de un servicio interdisciplinario que será organizado dentro del marco del presente régimen provincial.

*Esta información al beneficiario deberá asegurar por parte de éste, el estado de plena conciencia y el conocimiento de los alcances de la elección de estos métodos.*

*Para la efectiva utilización de los métodos anticonceptivos quirúrgicos por parte del beneficiario mayor de edad se exigirá que éste, en forma previa a la intervención quirúrgica y con una antelación no menor a los diez (10) días corridos a la fecha de realización de la misma, preste el pertinente consentimiento por escrito, en el que constará la expresa notificación de los riesgos médicos asociados que se transcribirán en el mismo documento.*

*Cumplimentados los requisitos exigidos en el presente artículo para la utilización de los métodos anticonceptivos quirúrgicos más arriba descritos, no será necesario exigir autorización judicial alguna por parte del Sistema Público de Salud para realizar la intervención quirúrgica requerida."*

Con esta mención expresa, sin hacer alusión a que haya o no indicación terapéutica, abre la posibilidad de efectuarla sin mayores restricciones.

Como se puede observar en la normativa vigente, tanto los códigos deontológicos como las leyes que regulan el ejercicio de la medicina en la nación y en las provincias, prohíben las prácticas esterilizantes a no ser que exista indicación terapéutica para ello. Habiendo tal indicación únicamente es necesario el consentimiento del paciente para llevar a cabo tal intervención. Citamos como casos excepcionales regulación excepcional que la permite.

Respecto a las leyes de salud reproductivas nacionales y provinciales todas ellas hacen referencia a que los métodos anticonceptivos deben ser “**Reversibles, Transitorios** y No abortivos”. A simple vista pareciera que la esterilización quirúrgica no estaría permitida como método de infertilización justamente por ser permanente y no transitorio, sin embargo, como ya hemos los avances científicos han permitido que esta práctica sea reversible y con un porcentaje considerable de éxito. Ésta sería una forma

de poder entender y permitir las esterilizaciones quirúrgicas como un método de infertilización o anticoncepción más.

Obviamente, por todo lo expuesto considerar un método como transitorio o no, depende entonces la tecnología con la que cuenten los centros de salud. Por ejemplo, si la Esterilización quirúrgica es considerada por el estado como un método reversible y transitorio, con ello queda evacuada toda duda a cerca de su implementación en hospitales públicos y privados sin necesidad de autorización judicial alguna, haya o no indicación terapéutica para ella.

Sin embargo, aun queda mucho por andar, son muchos los que discrepan estas las interpretaciones, no solo juristas sino también médicos. Mientras tanto, la situación actual es que una intervención quirúrgica con fines de infertilidad necesita indicación terapéutica y además se exige autorización judicial para ello, requisito que como vimos anteriormente la ley no exige. Si no hay indicación terapéutica y una mujer quiere utilizar este método con el solo fin de no concebir mas, ahí la situación cambia según sea atendida en un establecimiento público o privado. En un hospital público se cumple con excesivo rigorismo las leyes deontológicas no permitiendo tal esterilización. Si la práctica es solicitada en un establecimiento privado, la realidad social es otra, tales normas carecen de toda eficacia y operatividad, se realiza tal intervención, sin que se suscite cuestión judicial alguna.

## ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL

La Ley de Ejercicio de la Medicina en Capital Federal y Territorios Nacionales N° 17.132<sup>69</sup>, y la mayoría de leyes provinciales sobre la materia regulan el tema de manera similar<sup>70</sup>:

En su art. 19 establece que *“Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a:*

*Inc. 3)2° párrafo: “en las operaciones mutilantes, se solicitará conformidad por escrito del salvo cuando la inconciencia o alienación o gravedad del caso no admitieran dilaciones”*

*inc. 4) no llevar a cabo intervenciones quirúrgicas que modifiquen el sexo del enfermo, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial”.*

En su art. 20 reza que *“Queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina:*

*inc. 18) Practicar intervenciones que provoquen la esterilización sin que exista indicación terapéutica perfectamente determinada y sin haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”*

### **Análisis penal cuando hay indicación terapéutica:**

Muchos autores interpretan que la práctica de una esterilización quirúrgica es una operación prohibida (si no media indicación terapéutica) y que cae dentro de la órbita del derecho penal, entendiendo que la conducta del médico encuadra el tipo legal de lesiones gravísimas<sup>71</sup>. Ante esta normativa muchos profesionales del arte de curar se ven “asustados” y niegan una intervención quirúrgica de este tipo por miedo a que su conducta sea encuadrada en tipo y en consecuencia vean amenazada su responsabilidad penal. Es por ello también que recurren a la “autorización judicial” como forma de prevenirse ante eventuales reclamos judiciales.

Dice el artículo 91 del C.P.: *“Se impondrá reclusión o prisión de tres a diez años, **si la lesión produjere una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo, la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir.**”*

Frente a este análisis es sumamente esclarecedor lo que enseña el Dr. Zafaroni<sup>72</sup> Afirma que es necesario diferenciar la “lesión quirúrgica” desde el punto de vista médico (sea terapéutica o no) de la lesión como accionar que tipifica el delito de lesiones gravísimas.

La **lesión en el código penal** es entendida como un daño o perjuicio que sufre la víctima en su integridad física, donde se extingue la capacidad de reproducirse, acaecido como consecuencia de una acción (dolosa, culposa o preterintencional) o de una omisión. El término lesión tiene una implicancia más estricta y exclusiva dentro de las normas jurídicas.

Mientras que **“lesión quirúrgica** es la alteración corporal que produce una intervención médica efectuada conforme a las reglas del arte médico.” En la lesión como concepto médico, la forma de producción, evolución y complicaciones están signadas por la terapéutica adecuada para lograr una curación anatómica o la restitución funcional. Es un cambio patológico en el organismo.<sup>73</sup>

Lo que busca el derecho es la protección del bien jurídico contra males que lo afectan. Ahora bien, *“el bien jurídico tutelado es la relación entre un sujeto y un ente (vida, salud, integridad física, libertad) y no el ente mismo: el derecho no tutela “cosas” sino que el objeto de tutela son las relaciones de los individuos con ciertos entes (...)* Si bien la problemática del bien jurídico se plantea a nivel de la tipicidad, no puede afirmarse que haya una afectación de bien jurídico sino a nivel de la antijuridicidad. La tipicidad de una conducta implica su antinormatividad (la conducta

*es violatoria de una norma que da origen al tipo) pero no prejuzga sobre su antijuridicidad (efectiva violación de la norma considerada como parte del orden jurídico), la que sólo se determinará una vez comprobado que la conducta no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación (precepto permisivo). Continúa el autor diferenciado dos cosas: “la comprobación de la tipicidad solo implica la afirmación de la afectación de una relación que presuntamente es objeto de tutela jurídica. La comprobación de la antijuridicidad implicará la afirmación de la afectación de un bien jurídico, porque hasta ese nivel no se sabe si hay un bien jurídico, ya que el interés jurídico – y con él la tutela- pueden faltar, traduciéndose dicha ausencia por la presencia de un precepto permisivo (causa de justificación)”*

*“(…) **No hay bienes jurídicos indisponible, sino que todos sin disponibles, siempre que disponga su titular (…)** No puede sostenerse que el bien jurídico vida sea indisponible toda vez que la tentativa de suicidio sea impone, de modo que su titular puede disponer de una manera que, en modo alguno es antijurídica, de su derecho a la vida. Sólo sucede a este respecto que este derecho (…)* puede ejercerse conforme a las leyes reglamentarias, y éstas, teniendo especial interés en que la disponibilidad del bien jurídico – del que dependen todos los otros- sea rodeada de las mayores garantías, sólo autoriza la disposición por parte del mismo sujeto.”

El autor luego pasa a realizar un análisis de la aquiescencia y afirma que “es algo diferente a una renuncia a la protección jurídica (…) y no dependerá su eficacia de una valuación de bienes (…) sino que la será el ejercicio del derecho que la ley protege (en nuestro caso la relación entre el sujeto y el ente salud, integridad física, libertad): *no será renuncia a ninguna protección sino precisamente actuación a su amparo.*

*Conforme a esto la aquiescencia dará lugar a la atipicidad de la conducta (…)*

Luego realiza una distinción terminológica estableciendo que *denominaremos*

*“acuerdo” a la aquiescencia que da lugar a la exclusión de la tipicidad, y reservamos la voz “**consentimiento**” para la que delimita la justificación”*

En el artículo realiza un análisis y consecuente distinción entre las intervenciones quirúrgicas con finalidad terapéutica de aquellas que carecen de esa finalidad.

En las **intervenciones quirúrgicas con finalidad terapéutica**: *“de lo que se trata es de un acuerdo y no de un consentimiento: no es el bien jurídico salud del que se dispone sino de la libertad individual. La conducta que se acepta no está dirigida a dañar la salud, a la integridad física, no es dolosa de lesiones”. “En las intervenciones con propósitos terapéuticos no hay dolo, porque la conducta no se dirige a causar un daño en el cuerpo o en la salud. No puede haber dolo cuando la acción tiene por fin, precisamente neutralizar subsanar, paralizar, aliviar los efectos o evitar un daño en el cuerpo o en la salud. (...)Una acción que se dirige a conservar o restaurar un bien no puede ser típicamente dolosa, especialmente cuando logra su finalidad.*

*Si el fin no se logra, o sea, si la intervención tiene resultado negativo, tampoco habrá tipicidad dolosa, porque igualmente faltará la finalidad de afectar al bien jurídico. Sólo habrá eventualmente tipicidad culposa cuando se hayan violado las reglas del arte médico. De no haberse violado tales reglas (...) tampoco habrá tipicidad culposa. En los supuestos en que el médico tenga el deber de requerir el acuerdo del paciente (...) cuando éste practique la intervención sin el acuerdo, existirá un delito contra la libertad individual. (...) de cualquier manera la finalidad terapéutica excluye la tipicidad dolosa de lesiones.*

*“Conceptuar el resultado positivo resulta necesario a los efectos de limitar la culpa cuando se han violados las reglas del arte (si no hay resultado negativo no hay culpa) (...) Cuando se requiere una intervención quirúrgica terapéutica se presupone que hay un daño en el cuerpo o en la salud, o por lo menos una inminente amenaza de daño que*

*la intervención tiende a neutralizar. Si se logra efectivamente dicha neutralización (...) puede considerarse que se trata de un resultado positivo. Consecuentemente debe entenderse por resultado positivo la obtención del restablecimiento de la salud, de su conservación, de la permanencia del estado precario en que se halla, del alivio de las consecuencias de ese estado o de la neutralización o postergación de males mayores, siempre que esto fuese lo que era dable esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico y los medios disponibles en la emergencia. (...) las intervenciones preventivas en la medida en que tienen por finalidad y son adecuadas para lograr la conservación de la salud, no pueden ser lesivas del bien jurídico que quieren conservar*”

*“Si el médico ha obrado conforme a las reglas del arte médico, aunque la intervención haya tenido resultado negativo, si conducta será atípica. En lugar, cuando la conducta es violatoria de estas reglas, resultará violado un deber de cuidado y por ende, su conducta será culposa de lesiones u homicidio, pero sólo en caso negativo. De ahí que para la averiguación de la culpa típica en la lesión quirúrgica será necesario referirse al concepto de “reglas del arte médico”*

*“Las reglas del arte médico se traducen en el adecuado e indicado procedimiento diagnóstico y en la aplicación de los procedimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso”.*

Analizado lo dicho precedentemente y aplicándolo a nuestro caso, las esterilizaciones quirúrgicas realizadas mediante indicación terapéutica (únicas permitidas por la ley que regula el ejercicio de la medicina) quedan fuera de discusión si están permitidas o no, o si constituyen o no delitos o son antijurídicas. Por lo tanto sólo basta el acuerdo del paciente o como lo dice la ley de ejercicio de la medicina en la nación y demás legislaciones análogas: Art.19.- Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales

vigentes, obligados a: inc 3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz.

En el mismo sentido, pero con otros fundamentos, dice el Dr. Blanco, Luis:

“Por ello, entendemos que presumir que la LT configuraría un delito es un dislate, y de allí que el empleo de la expresión “estado de necesidad” en esta materia sea errado. Porque si con ella se pretende aludir a la causal de justificación del art. 34, inc. 3°, del Cód. Penal (“No son punibles:... El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”), es de ver que se trata de una figura ajena a la materia, pues si se atiende literalmente a los términos del art. 20, inc. 18°, LEM, es claro que tal “estado de necesidad” se encuentra comprendido en ellos, y porque, más allá del abstruso segundo párrafo de ese precepto, es obvio que, en toda esterilización “preventiva” -de suyo terapéutica-, el mal que se trata de evitar no es “inminente”, sino futuro y probable, pero se busca el bien del paciente, por lo que lo anterior resulta por completo extraño. Por supuesto, este acto médico tampoco puede generar responsabilidad civil alguna, careciendo las opiniones en contrario de base normativa en nuestro derecho, por lo cual estas últimas sólo pueden importar disquisiciones escolares, sino desconocimiento no dispensable del derecho vigente.”<sup>74</sup>

### **Esterilización quirúrgica como método anticonceptivo:**

**En las intervenciones quirúrgicas que no tienen finalidad curativa:** El Dr. Zafaronni enseña que en esos casos *“se dispone de la salud o de la integridad física, de modo que*

*aquí el consentimiento opera como límite del ejercicio del derecho del médico, o sea, como límite de la justificación de una conducta típica (...) desde que no se le ocurre a nadie sostener que las operaciones de cirugía plástica son antijurídicas – es absurdo pretender seriamente que este bien jurídico es indisponible.*”

En este tipo de intervenciones “siempre hay dolo de lesiones y la conducta es típica, estando justificada por el ejercicio del derecho a “ejercer una actividad lícita” que se haya limitado por el consentimiento del paciente. Aquí la finalidad es siempre la producción de un daño en el cuerpo o el la salud (para satisfacer propósitos estéticos, para salvar la vida o mejorar la salud de otro, etc.) (...) cuando medie consentimiento con resultado negativo por violación a las reglas del arte, se tratará de lesiones culposas”

O sea, aplicando lo dicho a nuestro tema de análisis, una esterilización quirúrgica que no tenga finalidad terapéutica si es una conducta típica de lesiones gravísimas del art. 91 pero está **justificada por el ejercicio de un derecho del médico a ejercer actividad lícita.**

El problema se presenta aquí respecto a las provincias en donde no está permitida la esterilización quirúrgica. Allí la ilicitud se dará por contrariar normas que regulan el ejercicio de la medicina. Ellas son de competencia provincial, y por ello sus sanciones caerán en el ámbito administrativo o disciplinario<sup>75</sup> y civil (nulidad del contrato entre médico y paciente por objeto ilícito), pero nunca penal ya que las provincias no tienen competencia para tipificar conductas como delictivas. Ello corresponde a la competencia federal (es competencia del congreso dictar el código penal, o sea, establecer los delito y las causales de justificación).

Debemos tener en cuenta además que, en caso de tratarse de una actividad ilícita, hay una contradicción terrible en la misma ley, ya que por un lado la misma ley, en función del principio de autonomía, obliga a los médicos a respetar la voluntad del

paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse. Precepto avalado por Corte Suprema de la Nación en casos como Bahamondez por ejemplo y otros tanto. En estos casos hay una disponibilidad del bien jurídico vida que es mucho más riesgosa que una intervención como la esterilización quirúrgica. Sin embargo, en esos casos se les permite decidir autónomamente y en estos casos no ocurre lo mismo.

Más allá de no constituir un delito como anteriormente pudimos ver, para que se constituya como delito de lesiones gravísimas se necesita el resultado. Como manifiesta el Dr. Creus<sup>76</sup> “Se trata de un delito de de los denominados “de resultado” donde justamente el resultado es un daño que sufre la víctima en su integridad física, donde se extingue la capacidad de reproducirse por medio de ablación de los órganos de la reproducción o causando impotencia generatriz por cualquier otro medio. “No se da la hipótesis (...) si la facultad de reproducción ha permanecido incólume (por ej., que la mujer pueda ser fecundada artificialmente, que el hombre siga produciendo espermatozoides.” Por su parte entiende por capacidad de engendrar: Procrear, propagar la propia especie. No tendría capacidad de engendrar si no tuviese ovarios que produzcan óvulos. Capacidad de concebir: Que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre no podría concebir si no tuviese útero. En los casos de esterilización quirúrgica no se dan ninguna de estas acciones ya que las capacidades para concebir y engendrar quedan intactas, aunque suspendidas en forma permanente hasta que sea revertida por otra intervención quirúrgica.

## ASPECTO CIVIL

### **Relación contractual entre médico y paciente<sup>77</sup>:**

La Bioética y el Derecho Médico son ramas novísimas. A raíz de que se ha descubierto que el paciente tiene derecho a autodeterminarse surge la relación médico-

paciente pasa a ser contractual, salvo el caso de las emergencias y sólo hasta que haya la posibilidad de iniciar la relación contractual

Es en estos últimos años que se ha desarrollado una especie de sentimiento popular en contra de la mala práctica médica, no porque se haya descubierto que el médico debe responder por sus actos, sino porque la facilidad de las comunicaciones ha permitido a la sociedad enterarse de muchos casos que han conmocionado a la opinión pública, mismos que han quedado impunes, entre otras razones por el espíritu de cuerpo o encubrimiento de ciertos grupos de médicos. Este sentimiento ha castigado en muchas ocasiones a justos por pecadores, y en otros ha constituido el medio para que algunos comerciantes de las contiendas judiciales, busquen un medio muy lucrativo de hacer negocios.

En el caso de los médicos, el temor a ser demandados es generalizado. Esto ha llegado a tal punto, que el médico ve al paciente como un posible demandante, y desde el principio trata de protegerse, haciendo firmar al paciente documentos en los que se deja constancia del consentimiento del paciente para el acto médico y de la advertencia de los riesgos que este acto implique. De esta manera, apareció la idea de elaborar autorizaciones para cada cirugía o tratamiento que implique riesgos.

Así, paciente ya no se lo concibe como un ser indefenso, sino como “agente responsable de la atención de la salud, capaz de saber y decidir”<sup>78</sup>, lo cual ha constituido una ventaja para el paciente y para el profesional, quien se responsabiliza por sus actos y decisiones exclusivamente.

Las autorizaciones de cirugía y tratamientos clínicos críticos son acuerdos especiales de voluntades, en los que una parte, es decir, el médico, se compromete a realizar una determinada intervención quirúrgica o cierto tratamiento clínico, luego de haber elaborado un diagnóstico y pronóstico; y la otra parte, el paciente; permite,

faculta o consiente la realización de la misma como parte del ejercicio de su autonomía en procura de un mejoramiento de su salud

No se está contratando un servicio de salud sino que el médico está pidiendo permiso al paciente y éste está concediéndole para intervenir en su cuerpo con este tipo de intervenciones o tratamientos que pudo haber estado o no previsto en el contrato que celebraron inicialmente.

Estos contratos son de carácter consensual, lo cual implica que se perfecciona únicamente con la manifestación del consentimiento libre de vicios.

Entonces una vez que el médico y el paciente se han puesto de acuerdo en la terapia a seguir, las condiciones de la misma y el precio que el paciente pagará por ella, estamos frente a un contrato aunque no se firme instrumento alguno y estas normas así establecidas son ley para el médico y el paciente

Por lo general se trata de un contrato “intuita persona” que son aquellos “para cuya concertación se ha tenido especialmente en cuenta, la persona del otro contratante, ya sea por su determinación de calidad, profesión, arte u oficio. No obstante, en la mayoría de las ocasiones no se trata de una consideración por la calidad específica del cirujano o de su equipo, sino que se lo hace en atención al centro hospitalario o peor, en el caso de las personas de escasos recursos económicos, quienes la mayoría de las veces, ni siquiera consideran la calidad del centro asistencial, sino que se dan por bien servidos si alguien se comide a realizar la cirugía. Si bien, esta última consideración es de hecho, o mejor dicho, es una consideración de orden socio-económica, no por esto deja de afectar al derecho puesto que éste es un producto social. En consecuencia este contrato podrá ser o no intuita persona, dependiendo de las circunstancias particulares de los contratantes al momento de la celebración del mismo.

Las obligaciones que impone este contrato son para el profesional de la salud, una obligación de hacer, de llevar a cabo la intervención quirúrgica con la mayor

diligencia posible, deber que emana de la naturaleza de este contrato, y que garantiza que la información provista por el médico en cuanto a diagnóstico, pronóstico y riesgos es veraz. Por otro lado, impone al usuario del servicio de salud la obligación de dar, esto es, la obligación de pagar los honorarios que el médico y el equipo de cirugía percibirán como contraprestación por sus servicios en los casos en que se haya pactado tal remuneración.

Si bien se trata de un contrato de carácter consensual que se perfecciona con el consentimiento, de manera que no requiere de formalidad alguna para producir plenos efectos, no obstante, se ha hecho necesaria la redacción de estas **autorizaciones de cirugía** y tratamientos clínicos críticos, como **medio de prueba idóneo de realización del mismo** y más específicamente de las condiciones exactas sobre las que se pactó.

Así, este instrumento sería el mínimo de formalidad idóneo para garantizar las relaciones entre los médicos y los pacientes en lo que a las autorizaciones de cirugía y tratamientos clínicos críticos respecta.

Este instrumento privado, “es el otorgado por cualquier persona y que no es autorizado por un funcionario público”, no está protegido por la fe pública, y en sí mismo no garantiza la autenticidad de nada. No obstante para poder redargüir de falso un instrumento privado no basta con una simple afirmación sino que requiere de un proceso judicial, en el que se reproduzcan pruebas de su falsedad. Si del proceso apareciera que las firmas son legítimas, entonces no habrá forma de invalidarlo, salvo la prueba de la existencia de error, fuerza o dolo que no sea imputable a la parte que impugnara el instrumento privado. Esto es porque “La firma da, en realidad, a entender que el instrumento está terminado y es completo, conteniéndose en él todo lo que las partes han convenido respecto de la materia de la convención

### **Formulación del contrato:**

Como en toda relación contractual, para que el mismo se formule válidamente y produzca plenos efectos, requiere de los siguientes elementos:

**Capacidad:** as partes requieren de capacidad de ejercicio, esto es, que puedan ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos.

En tratándose del médico, es obvio que gozará de esta capacidad ya sea en razón de la edad o de su goce de, pues resulta inverosímil que una persona en su sano juicio busque a un alienado mental o un ebrio consuetudinario, por dar ejemplos, para confiarle tan delicada labor, salvo que medie engaño o error.

En el caso del paciente, deberá ser mayor de 21 años, edad en la que se adquiere la plena capacidad civil. Si estuviese inmerso en alguna de las incapacidades previstas por el código, allí será necesario que dicho consentimiento sea suplido o completado por el representante legal.

La consecuencia de la falta de este elemento será la nulidad del contrato, tema en el cual no ahondaremos por no ser el objeto de esta investigación.

Esta invalidez, será **absoluta** cuando se trate de menores impúberes, interdictos dementes (personas declaradas en este sentido en por una decisión judicial), sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, nulidad que significa la inexistencia del acto o como dice la norma antedicha, no surten ni aun obligaciones naturales.

La nulidad **relativa** se produce cuando intervienen en los negocios jurídicos los menores adultos y cuyo efecto si bien es la invalidez del contrato, ella puede ser subsanada por una ratificación al adquirir la mayoría de edad.

No obstante, tendrá la obligación de celebrar estos contratos válidamente, la persona a quien la ley ha dado la facultad de representar al incapaz. En los casos incapacitados, las leyes que prevén la posibilidad de esterilización quirúrgica de

incapaces establecen como requisito la autorización del representante legal y en estos casos si una venia judicial para la protección del mismo incapaz.

**Consentimiento Informado o ilustrado.** El consentimiento es un elemento esencial de este contrato, cuya prescindencia provocaría la nulidad del mismo y que en tratándose de estas autorizaciones de cirugía tiene la peculiaridad de ser informado respecto de las implicaciones científicas de la cirugía que se le realizará, de las alternativas terapéuticas y de los riesgos y pronósticos. Mas adelante ampliaremos respecto a este elemento esencial de la esterilización quirúrgica y de toda autorización para cirugía.

Entonces la nulidad producida por la falta de consentimiento, es decir, si se prueba que jamás consintió la persona, provoca nulidad absoluta, esto es, que el contrato jamás existió en el mundo jurídico.

Cuando el consentimiento fue dado pero hubo algún vicio (no nos detendremos a analizar los vicios del consentimiento porque los analizaremos en el capítulo dos de este estudio), es decir, que hubo error en la información, o si la información fue inexacta y no se pudo figurar el paciente en su mente de modo correcto lo que se le explicó, o si se le forzó de cualquier manera a celebrar el contrato o se le engañó, etc., la nulidad es relativa e inclusive puede ser absoluta según las circunstancias.

**Objeto real y lícito.** El objeto en sí del contrato es la creación de una obligación. La obligación, a su vez, tiene su propio objeto. En el caso de la medicina, el objeto de la obligación debe ser lícito, es decir, ajustado a la ley.

El objeto, en estos contratos, consiste en una contraprestación, la prestación del médico será una obligación de hacer base en los conocimientos, capacidades, habilidades y entrenamientos poseídos.

Este carácter contractual de la relación médico-paciente, que establece que el paciente es responsable por sus decisiones y por las acciones u omisiones que influyan en la producción de un resultado no deseado, libera al médico de toda la responsabilidad

respecto de la salud del paciente y lo convierte en responsable, exclusivamente, por las consecuencias negativas imputables a acción u omisión suya. El fundamento consiste en que al darle el carácter de contrato a esta relación, se da lugar a que el paciente tome la decisión por sí mismo, de suerte que esto le impone la carga de obedecer las indicaciones del médico, lo que se basa en el principio de que la libertad trae aparejada la responsabilidad. En este sentido el paciente tiene algunas obligaciones que consisten:

1º- obligación de hacer, es decir, seguir el tratamiento recomendado,

2º- obligación de no hacer, la cual estará constituida por la abstención e efectuar todo aquello que sea contrario y perjudicial al tratamiento prescrito

3º- obligación de dar, en las ocasiones en que se haya pactado una remuneración

Hablamos de un contrato con objeto ilícito cuando éste recae sobre actos prohibidos por la ley. En este caso estamos frente a un contrato que adolece de nulidad absoluta. esto es, que el contrato jamás existió en el mundo jurídico.

**Causa lícita** la causa como el motivo que induce al acto o contrato y a la causa ilícita como la contraria a las buenas costumbres o al orden público,

ella consiste, para el primero, en su interés por velar por la vida y la salud del segundo, a tiempo que percibir una contraprestación económica; y para el segundo, obtener un buen estado de salud, aliviar un dolor, enfermedad o afección preexistente o, simplemente, practicarse un chequeo preventivo-. Una causa ilícita es aquella prohibida por la ley (ej: Colocar cocaína mediante cirugía por debajo de la piel para transportarla), contraria a las buenas costumbres o al orden público”

## **Consentimiento informado**

Para tratar del consentimiento informado, partimos del presupuesto de la naturaleza contractual de la relación médico-paciente. El consentimiento informado, es como anteriormente vimos, un elemento del contrato.

La doctrina del consentimiento informado en medicina se introduce recién en el siglo XX, alcanzando su verdadera forma a partir de los años '60 y '70, donde el principio de autonomía comienza a infiltrarse en la vida privada, en lo sexual, la vida de pareja, la vida familiar y en los diversos estratos de la sociedad civil, originando los movimientos sociales de reivindicación de los derechos.

### **Desarrollo en los Estados Unidos**

Esta situación de imperio de la autonomía de las personas se realizó inicialmente en Estados Unidos, quizás por ser la democracia republicana parlamentaria más antigua, y surgió, cuando los pacientes advirtieron que los médicos hacían caso omiso a sus peticiones, teniendo que llegar a instancias judiciales.

Es por ello que la historia del Consentimiento Informado en Estados Unidos tiene un desarrollo judicial, y es por ello que los médicos tardaron en incluirlo como un comportamiento ético fundamental.

Durante los años 50 comenzó a desarrollarse en la sociedad norteamericana un gran interés respecto al suministro de información referida a la salud, en relación con la posibilidad por parte de los pacientes de ejercer también en este ámbito su derecho a la autodeterminación.

Fue en el campo jurídico –más precisamente en las decisiones de los tribunales– donde se ha ido desarrollando gradual y progresivamente lo que hoy se conoce como la doctrina del consentimiento informado.

Ya en 1878, una corte de Nueva York sostuvo que la falta de revelación de los peligros inherentes a una intervención médica, implicaba una negligencia culpable. En 1903, en el caso Pratt el tribunal resolvió que “bajo un gobierno libre, el primer derecho es el derecho a la inviolabilidad de la persona, el derecho a sí mismo”.

Años después se sentaría un precedente paradigmático, la Corte de Apelaciones del estado de Nueva York en la voz del juez Cardozo en la causa “Schloendorff v.

Society of New York Hospital” sostuvo en 1914, que “cada ser adulto y con mente clara tiene el derecho a determinar qué es lo que hará con su cuerpo” y un “cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento de su paciente, comete una agresión de cuyas consecuencias es responsable”.

En el caso “Salgo v. Leland” el tribunal abordó el tema del suministro de la información suficiente y adecuada y relativa a posibles riesgos de una intervención, como verdadero deber del médico. La mera omisión de brindar información (que hubiera podido alertar al paciente respecto de los riesgos de una intervención médica), y no la intervención misma como tal –sin que necesariamente hubiera mediado mala praxis–, fue a criterio de la Corte la causa jurídica de la que derivaba el deber de resarcir el daño ocasionado.

En fecha más reciente en el caso “Nancy Cruzan” la Corte Suprema Federal, al resolver respecto de la suspensión del soporte vital en el supuesto de un estado vegetativo persistente, reivindicó la doctrina tradicional del consentimiento informado y el derecho constitucional de rehusar un tratamiento médico.

#### **Elementos del consentimiento informado:**

- Los principios referidos a la autodeterminación de la persona.
- Las líneas directrices más específicas, relacionadas con el daño indemnizable en casos de mala praxis, cuando ésta es consecuencia, al menos parcial, de la falta de una previa y adecuada información al paciente. De esta manera la revelación de la información, la evaluación y comprensión de su información, constituye para el autor el núcleo central de la doctrina del consentimiento informado, a la que agrega la libertad del sujeto que decide y la competencia para consentir.

#### **Etapas:**

A través de numerosos casos judiciales y durante el transcurso de ese siglo, se fue pasando por distintas etapas, tales como:

- En primer lugar el deber de informar;
- Luego la etapa del estándar de información del “médico razonable”, que consiste en dar la información que todo médico razonable proporcionaría en las mismas circunstancias y que, en la medida que esa revelación sea suficiente, la elección que haga de los cursos de acción posibles no deberían cuestionarse, y que él está guiado por los mejores intereses del paciente, y procede como cualquier médico lo haría en similares condiciones;
- Finalmente, el criterio de “persona razonable”, donde los límites de la información los da el paciente, y el médico informa en función de lo que él sabe o debería saber que son las necesidades informativas del enfermo.

Resumiendo, se debería informar todo lo que el paciente pregunte, más todo aquello que el médico considere necesario que se conozca, aunque no se haya preguntado que es la información que un hipotético paciente razonable desearía conocer para poder elegir con libertad.

### **Inmersión del consentimiento informado en nuestro derecho**

#### **Plano constitucional**

Son fundamentales:

- a) el artículo 19 de la Constitución Nacional, que consagra el llamado principio de reserva y protege la esfera de privacidad de la persona, su autodeterminación en las acciones que Bidart Campos denomina autorreferentes, en la medida que no afecten la moral pública ni derechos legítimos de terceros;
- b) el artículo 33 de la Constitución Nacional, que reconoce y protege los llamados derechos implícitos o derechos y garantías innominadas;
- c) el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que otorga jerarquía constitucional a los 11 instrumentos internacionales en materia de derechos humanos

que el texto enumera además de reconocerle a todos los tratados, jerarquía superior a las leyes.

### **Plano legislativo**

La ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina en el orden nacional, consagra en el artículo 19 como principio el respeto a la autonomía del paciente, en lo que se refiere al tratamiento médico, con las excepciones allí previstas. *“Art.19.- Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: Inc 3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz”*

En Santa Fe la Ley N° 4.931 del año 1958 en la cual al igual de la mayoría de los códigos deontológico provinciales se creó en concordancia con la ley N° 17.132. En su art. 55 sostiene que *“el cirujano no hará ninguna operación mutilante (amputación, castración, etc.) sin previa autorización del enfermo la que se podrá exigir por escrito o hecha en presencia de testigos hábiles. Se exceptúan los casos en los cuales la indicación surja del estado de los órganos en el momento de la realización del acto quirúrgico cuando el estado del enfermo lo permita...”*

Sin embargo no habla aún de consentimiento informado sino simplemente de consentimiento. El concepto de consentimiento informado aparecerá con la ley de trasplantes de órganos n° 24.193 sancionada en marzo 24 de 1993.

*Art. 13: Los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el artículo 3º, deberán informar a cada paciente y su grupo familiar en el orden*

*y condiciones que establece el artículo 21 , de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante —según sea el caso—, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor.*

*Luego de asegurarse de que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador y de la del receptor, así como de la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejoría, tanto para el dador como para el receptor, deberá quedar constancia documentada de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente.*

*De ser incapaz el receptor, o el dador en el caso de trasplante de médula ósea, la información prevista en este artículo deberá ser dada, además, a su representante legal.*

*En los supuestos contemplados en el Título V, el lapso entre la recepción de la información y la operación respectiva no podrá ser inferior a cuarenta y ocho (48) horas*

### **Análisis doctrinario del consentimiento informado:**

El consentimiento informado comprende reglas jurídicas que determinan conductas para los médicos en su interacción con los pacientes, y reglas éticas que tienen sus raíces en la autonomía de la voluntad que asegura al paciente el derecho a la autodeterminación cuando deba tomarse una decisión médica a su respecto. Mas también incluye un complejo proceso de relaciones interpersonales por medio de las cuales los médicos interactúan con los pacientes a fin de seleccionar el camino para lograr el más adecuado cuidado y tratamiento. Es decir que el individualismo, la

autoconfianza y la autodeterminación constituyen la base de la teoría del consentimiento informado.

A su vez, en los últimos años comenzó a afianzarse una jurisprudencia que a los supuestos tradicionales de conductas profesionales médicas generadoras de responsabilidad ha sumado ahora la que deriva directamente en la falta de información previa y adecuada

Se ha entendido así, que la falta de información –aun sin que exista mala praxis en sentido estricto– constituye fuente de responsabilidad, dado que ha impedido al paciente poder efectuar una libre elección en cuanto a tratarse o rehusar un tratamiento o entre distintas alternativas terapéuticas.

Desde el punto de vista conceptual, el consentimiento informado se basa en el principio de que es la persona concerniente y no el agente de salud, quien debe decidir en función de su situación, si desea o no un método de regulación de la fertilidad y, en caso afirmativo, qué método prefiere, fundándose en una evaluación correcta de la información pertinente. La función del agente de salud consistirá en informar objetivamente a las personas concernientes sobre los riesgos, ventajas, efectos secundarios y utilización correcta de todos los métodos disponibles o de los que les interese, ayudándolos a identificar los factores de su vida que pueden influir en el éxito de la anticoncepción.

**Requisitos fundamentales para un consentimiento informado:** El médico debería informar al paciente, por ejemplo, sobre:

- 1- la descripción de la intervención y de los objetivos que se persiguen con la misma;
- 2- las molestias y riesgos más importantes, que se puedan producir, por su frecuencia y/o gravedad;
- 3- los beneficios esperados con dicha intervención y/o tratamiento, con su grado aproximado de probabilidad de éxito;

- 4- las alternativas factibles (excluyendo los tratamientos inútiles);
  - 5- el curso espontáneo del padecimiento sin tratamiento, y consecuencias de ello;
  - 6- además, podrá proporcionarle sus opiniones y recomendaciones como profesional;
- etc.

En general el paciente desea conocer situaciones comunes, tales como el dolor que le ocasionará el tratamiento y/o intervención, los riesgos, etc. No es recomendable una explicación sumamente minuciosa del procedimiento a seguir dentro del quirófano, por ejemplo, o la composición química de ciertos medicamentos, etc.

Asimismo el paciente debe ser competente para prestar dicho consentimiento, esto no sólo implica ser mayor de edad y persona con capacidad (conforme a las disposiciones legales del Código Civil), sino que, además, requiere que el paciente debe comprender la información que le brinda el médico y encontrarse libre para decidir de acuerdo con sus propios valores y ser competente para tomar la decisión.

En principio, el paciente tiene capacidad para decidir si:

- 1- tiene aptitud para darse cuenta de la propia situación y de las expectativas razonables;
- 2- tiene aptitud para comprender la información relevante, proporcionada por su médico;
- 3- tiene aptitud para deliberar sobre las opciones que se le ofrecen, de acuerdo con objetivos personales y con los valores propios;
- 4- y, principalmente si tiene capacidad para comunicarse con los profesionales, para que él mismo pueda formular preguntas y evacuar dudas sobre el tratamiento propuesto.

Es imprescindible que el profesional se asegure que el paciente comprende la información, invitándole a que haga preguntas y, fundamentalmente, tratando de hablar en un lenguaje comprensible para el enfermo, respetando su cultura.

## **Elementos a tener en cuenta para su confección**<sup>79</sup>.

### A- INFORMACIÓN BASICA

- 1- Descripción general de la práctica o procedimientos propuestos (en qué consiste, cómo se realiza, cuánto dura, qué objetivo persigue, qué beneficios aporta, qué procedimientos involucra, cuáles de esos procedimientos son experimentales)
- 2- Posibles efectos secundarios o indeseados para el sujeto involucrado (también el embrión o el feto, si el sujeto es una mujer embarazada o que podría embarazarse): los más frecuentes –aunque sean graves\_, los más graves –aunque sean infrecuentes y raros-
- 3- Posibles tratamientos alternativos, especificando riesgos y beneficios razonables.
- 4- Posibilidad de no seguir tratamiento alguno. Riesgos y beneficios que supone esta conducta.
- 5- Aclarar si existe algún tipo de compensación frente a alguna circunstancia (fortuita o no) para el sujeto que consiente.
- 6- Disposición del equipo profesional para ampliar la información suministrada y contestar cualquier inquietud del voluntario. Especificar a quién se debe contactar para obtener respuestas y a quién en caso de daño.
- 7- Posibilidad de que el sujeto revoque la decisión voluntaria tomada y retire en cualquier momento su consentimiento sin sufrir por ello represalias o pérdida de beneficios a los que de otro modo tendría derecho.
- 8- Establecer las circunstancias en las cuales los profesionales pueden suspender la participación del sujeto, sin tomar en cuenta su consentimiento previo.
- 9- Consignar que la aparición de hallazgos significativos durante el curso de la práctica propuesta le serán informados al sujeto, si ello pudiera alterar su voluntad de continuar participando.

10- Especificar las posibles consecuencias derivadas de la suspensión del procedimiento una vez iniciado.

#### B- LEGALIDAD

11- Declaración del profesional que realizará el procedimiento, en la cual afirme haber informado debidamente al voluntario (Nombre y apellido completos, número de documento y firma al pie).

12- Consentimiento del voluntario para que el profesional a cargo sea auxiliado por las personas que necesite y estime conveniente.

13- Certificación de que el sujeto o su representante, moralmente competente y jurídicamente capaz, ha leído y comprendido toda la información que le fue suministrada y de que firma el formulario por propia voluntad (Nombre y apellido completos, número de documento y firma al pie).

14- Si se estima conveniente incorporar nombre y apellido completos, número de documento y firma al pie de testigos, aportados por el voluntario y también por el equipo profesional.

15- Identificación clara de la institución en la cual se llevará a cabo el procedimiento.

#### C- REDACCIÓN

16- Escribir con frases cortas y directas.

17- Utilizar palabras con pocas sílabas (preferentemente del lenguaje coloquial y evitar las ambigüedades).

18- Atender a la legibilidad del formulario (v.g. utilizar tipos de letra grandes).

19- Evaluar el grado de dificultad que conlleva la lectura del formulario. Hacer que pacientes o personas sanas, no involucradas en el procedimiento, lo lean y lo critiquen.

**ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA**  
**MEDIANDO INDICACIÓN TERAPEUTICA**

## ESTERILIZACIÓN QUIRÚRGICA MEDIANDO INDICACIÓN TERAPEUTICA

Este tipo de esterilización quirúrgica como vimos anteriormente se realiza previa prescripción médica, y con fines terapéuticos, en casos en los cuales un nuevo embarazo pondría en serio peligro la salud de la paciente y de sus hijos.

Se trata de una auténtica situación de peligro para la salud entendida integralmente, que torna necesario que –respetándose todos los derechos de los pacientes– se entorpezca lo menos posible la última solución disponible para prevenir el mal que un nuevo embarazo significaría.

Por otra parte, cabe advertir que ésta recomendación médica por el momento sólo será viable cuando conforme a la ley se den los siguientes requisitos:

- *exista indicación terapéutica* y
- *se hayan agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores* (art. 20, inc. 18)

Vamos a analizar algunas implicancias que se desprenden de distintas consideraciones respecto de este tema:

**1- La indicación terapéutica** Ella se daría en los casos en que:

- a) Un embarazo pondría seguramente a la vida de la mujer en grave peligro
- b) El único medio para evitar este peligro sería entonces el aborto terapéutico
- c) La mujer ha dado por escrito su consentimiento claro y formal a la esterilización<sup>80</sup>.

Se entiende que en el caso de existir esta ‘indicación terapéutica’ el médico estaría ejerciendo válidamente su derecho. La solución se encuentra analizando la

manera de obrar de quien tiene una situación tipificada y protegida, los motivos, el espíritu de los derechos, el papel que estamos llamados a desempeñar. Esto descarta la ‘antijuridicidad’ de la conducta, por lo que no podría engendrar responsabilidad para el médico que procedió en este marco. Analizaré mas profundamente el tema al ver el aspecto penal de la situación.

## 2- Haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores

Sobre este punto, es muy valioso el esclarecedor análisis del Dr. Blanco, por lo que lo transcribimos in extenso (..) “es evidente que para efectuar la extirpación médicamente prescrita de un órgano del aparato reproductor humano no se requiere de “permisión” legal alguna, por la simple razón de que se trata de actos médicos que se efectúan conforme a la *lex artis* ante patologías orgánicas, todo lo cual priva de sentido a la disparatada exigencia de “*haber agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores*” para procederse a su ablación, recaudo descontextuado que la buena práctica médica desvirtúa a diario, pues, por ejemplo, para al tratamiento de la menorragia, en lugar de indicarse tratamientos medicamentosos o quirúrgicos (como la reducción de la extensión del endometrio, o la extirpación de miomas uterinos que no han llegado a producir anemia crónica), un considerable número de histerectomías se llevan a cabo como opción terapéutica sin “cumplirse” con tal “recaudo”. Y hasta donde sabemos, a ningún médico se la ha ocurrido jamás que la paciente deba requerir “autorización judicial” para ser sometida a dicha cirugía mayor. Todo esto demuestra acabadamente que el confuso y ficticio segundo recaudo del art. 20, inc. 18°, de la Ley de Ejercicio de la Medicina, carece de toda eficacia y operatividad jurídica, pudiendo considerarse que está desusado, en sentido jurídico, claro está (desuetudo): derogado por su desobediencia general y falta de aplicación por largo tiempo. Ello porque es imposible “obedecer” y “aplicar” una norma ideológica y notoriamente contraria a la buena práctica médica cotidiana, máxime teniendo en cuenta las diversas indicaciones

terapéuticas de la Ligadura de Trompas, resultando absurdo pretender su cumplimiento para la práctica de una LT terapéuticamente prescrita, que jamás puede ser reputada improcedente por no haberse “agotado todos los recursos conservadores de los órganos reproductores”. Simplemente, porque nada hay que “agotar” ni “conservar” aquí.<sup>81</sup>

Como se advierte, “este precepto menta dos requisitos –aunados por la conjunción “y”- para la procedencia de tales intervenciones: esa indicación terapéutica “y” que se hubiesen agotado tales “recursos”. (Adelanto aquí que) nuestra jurisprudencia siempre ha considerado suficiente el cumplimiento de ese primer recaudo para la procedencia de una LT, haciendo abstracción del segundo de ellos. También, que –a mi entender- dicha “prohibición” carece de toda eficacia jurídica. Más allá de sus pretendidos fundamentos –que no responden a razones de orden médico, sino a criterios propios de la teología moral católica, que sólo reputa lícita a la mal llamada “esterilización indirecta”-, corresponde proceder al análisis de los términos de este precepto, atendiendo a nuestros precedentes jurisprudenciales, al ordenamiento jurídico considerado en su totalidad y a la práctica médica cotidiana”<sup>82</sup>

### **Actuación del profesional médico:**

A su vez, la actuación profesional del médico se encuadra en nuestro derecho de acuerdo con el principio de exclusividad del ejercicio profesional consagrado por la legislación de la Nación en cuanto a la entrega de matrículas y de las provincias en cuanto al poder de policía del ejercicio profesional.

En efecto el médico que ejerce su profesión en forma excluyente de otras personas carentes del título profesional, ejerce un derecho que las leyes le acuerdan, y en situaciones de urgencia cumple un deber específico atinente a su condición profesional. Por lo cual se observa que el Estado le concede al médico en su consultorio o quirófano, el mismo tipo de imperium que a un juez en su despacho; asistiéndolo en

este sentido la discrecionalidad de la estrategia terapéutica, esto es, la libre elección de una entre varias estrategias médicas adecuadas, en el tratamiento de un paciente, tendientes a procurar la curación o mejoría de la salud. Esta libre elección según el diagnóstico efectuado al paciente, “constituye un derecho propio e inherente a todo facultativo en el desempeño de su profesión, el que es ampliamente reconocido en la doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera, e incluso es considerada como una cuestión científica inherente a la misma, configurando una materia ajena al juzgamiento de los magistrados”<sup>83</sup>

### **Marco legal referente a la autorización judicial:**

Como se ha visto anteriormente, ni la ley nacional N° 17.132 que regula el ejercicio de la medicina en la Capital Federal y Territorios Nacionales (art. 19 inc. 3° 2° párrafo y el art. 20 inc. 18°) surge que se deba pedir autorización judicial para dicha intervención quirúrgica. La ley nacional solo hace referencia a una “autorización judicial” previa a una intervención quirúrgica cuando ella tienda a modificar el sexo del paciente (art. 19 inc. 4). En estos casos si se justifica porque al haber un cambio de sexo el juez debe declarar tal cambio de identidad. Pero en el caso de esta intervención, si hay indicación terapéutica es una cuestión fuera de discusión permitida por la ley

### **Costumbre impuesta frente a la esterilización quirúrgica:**

Esta práctica quirúrgica se realiza corrientemente sin mayores impedimentos en la medicina privada, generalmente como una intervención accesoria en los casos en que hay programado un parto por cesárea, o bien, en forma autónoma por medio de cirugía laparoscópica. Sin embargo, al requerirse la misma práctica en un hospital público, los profesionales médicos (que habitualmente son los mismos que en la práctica privada)

dan una respuesta negativa, esgrimiendo diversos motivos (fácticos, legales, éticos, económicos, etc.).

El requisito de la autorización judicial para proceder a una práctica como la ligadura de trompas cuando hay indicación terapéutica sólo pone en peligro la salud de las pacientes y entorpece innecesariamente el proceso cuyo fin es la intervención quirúrgica.

### **Situación del profesional de la salud frente al pedido de autorización judicial:**

Existe en las autoridades médicas un excesivo celo debido a un temor a futuras acciones legales en su contra, lo que las lleva a solicitar la mencionada autorización judicial, de manera frecuente, para llevar a cabo tales prácticas. Esto a su vez trae aparejado una omisión de ejecución de una acción terapéutica que pone en peligro un derecho de raigambre constitucional como es el derecho a la salud<sup>84</sup>.

Ante esto, es necesario reflexionar y recordar que **responsabilidad de los profesionales** no nace únicamente de su intervención, sino de la **omisión** de intervenir en los casos en que la situación lo torne necesario. De esta forma, cualquiera sea la razón por la cual se entorpece el camino hacia la intervención quirúrgica o la razón por la cual se omite llevar a cabo la intervención necesaria, si de ello se deriva un serio daño en la salud de la paciente, las diferentes instancias que participaron en el entorpecimiento o en la omisión (funcionarios públicos, profesionales de la medicina, etcétera) deberán responder por los daños ocasionados. Esta responsabilidad se desdobra y potencia en el caso de los médicos que revisten la categoría de funcionarios públicos.

### **El contexto. ¿Por qué estos casos llegan a los tribunales?**

La primera respuesta que surge es “por la negativa de los médicos a intervenir”<sup>85</sup>  
Podemos señalar los siguientes motivos de esa negativa. Por lo general, ella se funda:

- 1- En la invocación de un "inconveniente de índole moral" tendiente a preservar la capacidad procreativa de la paciente ante un eventual cambio de decisión, o sea, se basa en la posibilidad de arrepentimiento por parte de la persona a la que se ha realizado una esterilización quirúrgica..."<sup>86 87</sup> Este fundamento es comprensible en función del derecho que tienen los médicos a la objeción de conciencia de abstenerse de realizar una práctica que no es acorde con sus principios morales o religiosos.
- 2- Otro reparo está enraizado en una interpretación "exclusivista" de los fines de la medicina y en la tradición paternalista médica, exhibiendo la dificultad de muchos médicos de aceptar el punto de vista de los pacientes...<sup>88</sup> Este punto merecerá un análisis más profundo posteriormente justamente por las consecuencias que traen los cambios de modelos en la medicina
- 3- Desconocimiento de la ley: Invocan "imposibilidad legal" justamente porque los profesionales médicos desconocen la normativa vigente referida al tema. Muchos creen que se trata de un delito de lesiones gravísimas tipificado en el art. 91 del C.P. y por ello directamente no la realizan o solicitan previamente la autorización judicial. En pocos, aunque en muy autorizados ensayos sobre la materia, como en los fallos más resonantes, recurrentemente se hace mención a profesionales médicos que amparan su accionar, en los dichos de un docente, que en un congreso sobre la especialidad en la ciudad de Mar del Plata, aconsejó que para evitar problemas legales, debía solicitarse la autorización judicial, como paso previo a una intervención de "lisis tubaria". Nada más errado.<sup>89</sup>

*El requerimiento previo de autorización judicial implica una interpretación de la ley, realizada por los especialistas médicos, exigiendo un requisito allí donde el texto legal nada dice.*

*Primero, no es a los expertos médicos a quien corresponde interpretar la ley, ya que ésta es función exclusiva de los órganos judiciales. Sí deben atenerse al texto de la misma y a la interpretación judicial que se haya dado*<sup>90</sup>

Fue tal la falta de certidumbre al respecto que como vimos anteriormente, tanto en la provincia de Río Negro como aquí mismo en Santa Fe se tuvo que modificar expresamente leyes o regularlo de manera expresa para evitar la judicialización de estas causas y prever como práctica habitual dentro del ejercicio de la medicina la ligadura de trompas y la vasectomía<sup>91</sup>

4- El fenómeno de la medicina defensiva: La medicina defensiva es un problema de los médicos, que afecta a los pacientes. Se indica de un tratamiento teniendo en cuenta las necesidades percibidas por un profesional y de resguardar primariamente su responsabilidad personal ante un eventual reclamo por mala praxis o la comisión de un delito, antes que de atender el bienestar de un paciente”, éstas prácticas buscan la protección de la posición del médico frente a u futuro reclamo que el respeto de los principios que de otro modo deberían regir la relación médico paciente<sup>92</sup>. Tiene que ver con distintos elementos tales como:

- a) el temor al fantasma del juicio (mala praxis o daños y perjuicios),
- b) interpretaciones divergentes de normas referidas a la salud;
- c) deficiencias de formación - que por cierto no son privativas de la escuela de medicina;
- d) la dificultad de muchos profesionales de ajustar su conducta a los nuevos marcos de la relación médico paciente,
- e) la mala retribución económica que padecen en general los médicos; entre otros.

Es un fenómeno relativamente reciente y vinculado a las profundas modificaciones que los avances tecnológicos introdujeron en la medicina, como

se mencionaba, entre sus causas se cuentan la difusión de la creencia excesiva y crítica de los beneficios de la tecnología, la creciente desconfianza en la relación médico paciente y la deficiente respuesta que brinda el derecho como medio de canalizar intereses sociales encontrados.<sup>93</sup>

Todo esto ha llevado a que cada vez, mayor cantidad de profesionales tiendan a adoptar conductas caracterizadas por el no compromiso,<sup>94</sup> hasta llegar finalmente a la derivación del conflicto del quirófano o el consultorio al juzgado.

Pero la “judicialización”<sup>95</sup> también afecta a los médicos, que en aras de esta “seguridad” han cedido espacio de decisión al poder judicial - por ende al Estado - en un ámbito que podría cuestionarse si es el natural del juez.

En esta coyuntura se verifica una situación curiosa: luego de una primera oleada de situaciones clínicas llevadas ante la justicia por médicos o las instituciones que estos representaban, negándose éstos a aceptar la decisión del enfermo<sup>96</sup> - p.ej. a recibir tratamiento médico (testigos de jehová.) - en actitudes notoriamente paternalistas<sup>97</sup>, que denostaban una clara resistencia a aceptar el derecho del paciente a su autonomía en la toma de decisiones por sobre el criterio del profesional, ha ganado espacio la pretendida figura de la “autorización judicial”, en donde el médico ya no impone un tratamiento al paciente sino que se lo niega; imponiéndole acudir a la justicia a dirimir el conflicto.

- 5- Un factor socio-económico debe ser tenido en cuenta:<sup>98</sup> En su mayoría son situaciones registradas en instituciones públicas. Este hecho tiene que ver con la pobreza porque a ninguna mujer con recursos suficientes que ingresa a un establecimiento privado se le exige la autorización judicial, pareciera un requisito que surge ante la ausencia de recursos. Es una cuestión a tener en cuenta ya que de todos los fallos recogidos sobre la materia, todos tienen como

común denominador que se tratan de peticiones que se realizan ante la inacción y el pedido de médicos que trabajan en hospitales públicos.

### **Críticas a la autorización Judicial:**

La exigencia de una autorización judicial que la ley no establece, constituye **una conducta lesiva de la privacidad y confidencialidad**, también violaría la garantía de "inexistencia de interferencias o condicionamientos ajenos a la relación entre el profesional y el paciente, en la atención e información que reciba

“...Recabar la autorización judicial previa, deja la sensación de que decisiones personalísimas...dependen de lo que el estado diga (¿con palabra infalible?) que sí o que no. O sea que mi salud, mi vida, mis relaciones matrimoniales, y todo lo comprometido con mi mas reservada intimidad sanitaria, médica sexual y familiar, tiene que pasar por el ojo incómodo y atrevido de un supervisor estatal. Yo no se me cuidar a mi mismo, el buen estado me provee la seguridad de la tutela. ¡Hasta tutela médica! (...) ¡Después recitemos de memoria los derechos civiles de la mujer! O el art. 19 de la Constitución Nacional...”<sup>99</sup>

Esta tendencia hacia la “judicialización” del acto médico, que cuenta con el aval de buena parte de la doctrina jurídica local (no así bioética), genera una ruptura irreparable en la relación médico-paciente, vínculo caracterizado por la fiducia.<sup>100</sup> Al renunciar el médico a su espacio de decisión, deja al paciente - que hasta es momento había depositado en él su total confianza y expectativas, en una situación de abandono. La paciente, y su grupo familiar se vuelven al médico en un momento crítico y éste, desconociendo su responsabilidad, los expulsa al peregrinaje judicial. Tal como se ha reclamado en algunos de los escritos judiciales, cabría preguntarse si esta conducta por parte del médico no origina una violación del deber legal de asistencia, consagrado en las leyes de ejercicio de la medicina, y la consiguiente responsabilidad civil por omisión.

La experiencia ha demostrado que en primer lugar, el paciente es siempre el perjudicado: porque se ve contrariado en su decisión y debe recurrir o es llevado ante un juez; debe exponer su intimidad en un proceso, sufrir las incomodidades y perjuicios propias del juicio, y por la violencia moral de la que es objeto ante la eventual posibilidad de ser obligado contra su voluntad a realizar o abstenerse de una conducta que fue inicialmente querida por él.

Los médicos deben obrar conforme a los dictados de la ética médica y al dictado de la ciencia médica para el caso concreto, sin resquicio para solicitar la venia judicial cuando existe una indicación terapéutica que torna legítimo el actuar médico propuesto.

### **Capacidad de las Personas para decidir y autorización judicial:**

El diccionario jurídico<sup>101</sup> define a la autorización judicial como “venia o licencia del juez que se requiere para la validez de determinados actos jurídicos, a efectos de habilitar a personas o a representantes de los incapaces.” Lo común en todas las definiciones es “suplir la capacidad de un incapaz”

Ahora bien, en una autorización para realizar una lisis tubaria; la persona que presta su consentimiento informado, o sea, conociendo los alcances de esta intervención, luego de haberlo debatido en su conciencia, y frente a una situación en donde está en juego nada mas y nada menos que su salud debemos asimilarla a un adulto incapaz? Se lo debe asimilar a un menor de 18 o 16 años que por ejemplo pide autorización para contraer matrimonio? Este adulto necesita la venia del juez? Acaso el juez, no es tan capaz como él?

Cuando un menor solicita venia para contraer matrimonio por ejemplo, se establece el requisito que su propio consentimiento sea integrado por el asentimiento o venia de sus representantes legales, lo mismo ocurre frente a los actos jurídicos realizados por los inhabilitados que necesitan la voluntad concordante de otra persona

para que su acto tenga validez. La venia es el medio de superar la incapacidad del contrayente a la vez de que el de asegurar una mayor reflexión por parte de quienes no se hayan en condiciones de manejarse por sí mismos con entera libertad en la vida civil.

Un adulto plenamente capaz para cualquier acto de la vida civil necesita esa venia para una intervención quirúrgica? No, jamás un médico solicita una autorización judicial para realizar una operación de apéndice, una cirugía estética o un parto por cesárea o histerectomía, que también conlleva la incapacidad de concebir. Entonces, una intervención quirúrgica que implique una esterilización consentida por parte del paciente es de tal envergadura que el médico considera incapaz a esa persona y pretende completar ese consentimiento con la autorización judicial. O bien, es un simple medio de resguardar su responsabilidad ante un eventual juicio de mala praxis?

Sea por uno u otro motivo, los profesionales de la salud exigen un requerimiento donde la ley nada dice y abren el aparato judicial para una autorización que en sí es innecesaria.

Teniendo en cuenta la normativa vigente y la regulación que efectúa el Código Civil sobre la capacidad de las personas, sólo se puede concluir en que el *requisito de autorización judicial para una esterilización quirúrgica cuando media indicación terapéutica logra la reducción de una persona con plenas facultades a la de una persona incapaz, cuya voluntad sobre su propio cuerpo no resulta soberana ni aun con prescripción médica y por estar en serio peligro su propia salud.*

Claro es que el consentimiento que debe brindar el paciente es de carácter personalísimo, esto es, en otras palabras, que la voluntad no puede ser sustituida por otra persona ni complementada por otro que no sea la paciente a la que se le realizará la intervención quirúrgica.

**Un tipo especial de consentimiento? Consentimiento concurrente del cónyuge**

Cuando en la Ciudad de Buenos Aires, por ante la Defensoría del Pueblo, se presentaron mujeres a fin de solicitar asistencia para poder ser intervenidas quirúrgicamente con el fin de que les sea realizada una ligadura de trompas de Falopio fundando su solicitud en el pedido por parte de los profesionales médicos intervinientes, de una autorización judicial para poder realizar dicha intervención, la Defensoría dictó una resolución mediante la cual se recomendaba a los hospitales que arbitraran los medios necesarios a fin de proceder a la intervención. También recomendaba al secretario de Salud que dicte reglamentaciones o instrucciones necesarias a fin de evitar en lo sucesivo que se le exija autorización judicial a las mujeres, que habiendo indicación médica precisa, requieran en una institución pública que se les practique la “ligadura de trompas de Falopio”, pero la resolución 26/00 fue sometida a consideración de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires que resolvió en que en caso que la paciente estuviera casada se debería solicitar al cónyuge el consentimiento en iguales términos que a la paciente.

Esta situación nos abre un interrogante. Frente a la posibilidad de recurrir a este método, ¿sería necesario un **tipo especial de consentimiento**, dado que es una técnica que tiene por fin limitar - podría decirse en forma definitiva - la capacidad de procrear? Podría entenderse que además de la capacidad de engendrar y concebir, existe una facultad de procrear de la que es titular la pareja (dejemos de lado las implicancias nuevas con los problemas que plantea la fecundación artificial), para disponer de la cual, sería necesario el consentimiento de ambos cónyuges. Es posible sostener esto?

En efecto, si consideramos a la capacidad de las personas como la aptitud o posibilidad jurídica de gozar y obrar los derechos por sí mismos, se observa que el requisito impuesto de el consentimiento del cónyuge limita o restringe indebidamente, el derecho a la salud y a la integridad física cosa que está en juego cuando media indicación terapéutica.

Pensemos en las siguientes hipótesis:

a) una mujer que padece un grave cuadro de nefropatía<sup>102</sup> o es una diabética juvenil con una insulino dependencia severa, que teniendo ya varios hijos, su médico le advierte que un nuevo embarazo pondría en serio riesgo su vida y dada la inconveniencia de adoptar otras medidas contraceptivas, recomienda la esterilización. La mujer decide someterse a esta intervención, pero se encuentra con la negativa de su marido. El médico procede a ligar las trompas pese a la negativa del marido y éste toma conocimiento del hecho y decide demandarlo ya que operó pese a saber que él se oponía abiertamente.

Habiendo mediado expreso consentimiento de la mujer, el esposo no puede reclamar al médico, ya que éste actuó en legítimo ejercicio de su derecho. Cabría preguntarse si podría configurar una causal de injurias graves que motivara el divorcio con culpa y así mismo si podría el esposo demandarla por daño moral.

b) Si ante el mismo diagnóstico en cambio, fuera la mujer la que se niega a someterse a la esterilización, y el marido, temeroso por la vida de su mujer en un futuro, le pide al médico que realice la intervención. Si ante la negativa expresa de la mujer el médico realiza la lisis tubaria, la mujer puede reclamar? Entendemos que sí en principio; este acto inconsulto desde el punto de vista civil es ilícito.<sup>103</sup> El paciente, aún contra su propio interés puede negarse y ello impide, desde todo punto de vista, la actuación del cirujano. Se resguarda un derecho personalísimo, el arbitrio único e irremplazable sobre el propio cuerpo.<sup>104</sup>

**Necesidad de algún otro requerimiento:**

Hay muchos autores que participan de la idea de constituir una junta médica que estaría a cargo de dictaminar si los casos puestos a su disposición ameritan la indicación terapéutica que haga necesaria la intervención quirúrgica que provoque. Son los

llamados Comités de bioética que últimamente están funcionando en varios hospitales públicos y privados y que cuentan con el marco legal de la Ley N° 24.742 sancionada el 27/11/96 que regula sus funciones e integración. No obstante, no está reglamentada. En el mismo sentido están regulados por la ley provincial N° 12391

Dichas consideraciones exceden el ámbito de lo necesario y que afectan el derecho a la salud en casos como en estos en los que media indicación terapéutica. Una vez que una práctica médica legal es aconsejada como necesaria por un profesional, el consentimiento del propio paciente que se encuentra en posibilidad de darlo, es suficiente.

Si se solicitara la intervención de una junta para este tipo de casos, se le otorgaría arbitrariamente a este tipo de práctica un status especial y superior al de otro tipo de intervenciones, configurando una actitud que atenta contra el derecho a la salud, intimidad, privacidad y confidencialidad de la información relacionada con su proceso de salud enfermedad. Los únicos protagonistas de este acto médico son la paciente y el médico, pudiendo ambos, si lo desean, recurrir a la opinión de otros facultativos en lo que a *lex atri* se refiere.

No obstante, como repetimos anteriormente, si bien en este tipo de intervenciones los únicos protagonistas de este acto médico son la paciente y el médico; si sería necesario que estos comités, el colegio de médicos, el director del Hospital o alguna autoridad competente sean los encargados de registrar y archivar los escritos que avalan el otorgamiento del consentimiento informado. Haré más referencia sobre este tema al hablar de consentimiento informado.

### **Análisis de la Jurisprudencia frente a este tipo de pedidos:**

Como señala Luis Blanco, en nuestro país, se ha instaurado la “mala costumbre” de solicitar “autorización judicial” para efectuar una LT en mujeres mayores de edad y capaces, bioéticamente competentes.

Así, la justicia ha sido llamada a pronunciarse en numerosos fallos (exista o no norma legal específica en el ámbito de competencia territorial de que se trate- nacional o provincial conforme a las leyes que regulan el ejercicio de la medicina), fundamentalmente a través del remedio procesal del amparo, no sólo para otorgar la autorización judicial previa que ciertos médicos, en una mala aplicación de la ley exigen, sino también para justamente hacerles saber a los profesionales médicos que no se requiere dicha autorización judicial previa, siempre que exista una indicación terapéutica precisa para su práctica, y dando gran relevancia al consentimiento informado del paciente.

No obstante, los pronunciamientos judiciales argentinos, comparando unos con otros presentan matices, los cuales son dables señalar.

a) Si hubo indicación terapéutica:

1- Rechazo in limine de la petición: por no estar dentro de su competencia autorizar o desautorizar actos de este tipo obviando entrar en más detalles. Hay que tener en claro que se rechaza la petición de autorización judicial, no la práctica de la esterilización quirúrgica. Esta declinación de competencia importaría una privación de justicia más aun cuando la petición tiene carácter de urgente. Es ahí donde enfrentamos la dura realidad de que “los tiempos terapéuticos casi nunca coinciden con los “perentorios”plazos procesales”, pues una sentencia que no se pronuncie en concreto y que se limite a efectuar una suerte de reenvío “a la opinión de los médicos tratantes (...) no dice nada que no se sepa y ninguna solución brinda para nadie.<sup>105</sup> Ello acentúa aún más la inseguridad jurídica. Ante esta situación los

hospitales se ven “desamparados” y obligados ellos mismos por medio de sus comités de bioética o por jefes de servicios a tomar decisiones como ser:

- No practicar la intervención ante la falta de autorización judicial expresa, lo cual implica una grave violación al derecho a la salud y donde el único perjudicado es el propio paciente (doblemente: por los médicos y por los tribunales), cuando es su beneficio lo que con dicha petición se buscaba.
- Realizan la práctica entendiendo que los tribunales nada tienen que decir al respecto. También muchas veces ante el rechazo o la negativa judicial a este tipo de autorizaciones, terminan expidiéndose sobre la innecesariedad de las mismas y proceden al análisis del tema desde la perspectiva bioética. Así ocurrió en el “Hospital J.B. Iturraspe” de la Ciudad de Santa Fe en donde tras haber sido declinada anteriormente la competencia judicial al requerir autorización para la esterilización quirúrgica, el Comité de bioética del referido hospital optó en lo sucesivo de no llevar los casos a la justicia y debatirlos internamente en el mencionado Comité.<sup>106</sup>
- Otros fallos también realizan un rechazo in limine de la petición pero en los considerándoos del fallo los jueces actúan como docentes y explican el porque del rechazo indicando que con el consentimiento del paciente y su sola indicación terapéutica, basta y sobra para excluir cualquier represalia futura.<sup>107</sup> O sea, dejan en claro que no es correspondencia de los magistrados la resolución de tales cuestiones, ya que la misma resulta privativa del criterio médico y de sus fundamentos científicos exclusivamente, aclarando que en caso de existir indicación médica para tal

procedimiento con conformidad escrita del paciente, no existe necesidad de solicitar autorización a ningún tribunal, porque la ley así no lo exige<sup>108</sup>.

- La mayoría de tribunales resuelven hacer lugar a la solicitud y dejan expresa constancia que la materia en cuestión no es competencia del poder judicial, pero se adentran en el caso, evitando declinar la competencia y autorizando la intervención cuando previamente ella haya sido indicada por el médico y aclarando la innecesariedad de realizar esta clase de requerimientos, donde la cuestión deberá ser resuelta por el médico interviniente conforme las reglas que rigen su ciencia y arte<sup>109 110 111</sup>
- Hay jueces que resuelven la cuestión en forma munición y detallada sin hacer referencia alguna y sin cuestionar su competencia para resolver en estos casos.<sup>112</sup>

b) Hasta el momento no he encontrado casos jurisprudenciales en los que se haya pedido autorización judicial para una esterilización quirúrgica sin que medie indicación terapéutica, o sea, como una práctica anticonceptiva más, alegando únicamente el derecho de disposición sobre el propio cuerpo.

No obstante si se puede mencionar que hay varios fallos en donde se hace **una interpretación amplia del concepto “indicación terapéutica y del concepto de salud”**<sup>113 114</sup> El concepto de “indicación terapéutica” merecerá ser analizado profundamente posteriormente.

### **Respuestas Institucionales y legales frente al requerimiento de autorización judicial**

#### **Ministerio de Desarrollo Social y Salud de Mendoza: Resolución 2492/00**

Siguiendo estos lineamientos, la Res. 2492/00 del Ministerio de Desarrollo Social y Salud de Mendoza en su art. 11 dispone (que) la ligadura tubaria indicada

precedentemente no requiere autorización judicial, ni consentimiento del cónyuge, ya que se trata de una decisión que se encuentra en el ámbito de los derechos personalísimos de la mujer y en relación directa con el médico o equipo interdisciplinario de salud tratante.

**Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Resolución N° 223/00**

Al respecto la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, dictó varias resoluciones (207/99, 26/00, 223/00) y en su resolución 223/00 dictada en fecha 7 de mayo de 2000, ha efectuado sugerencias al Ministerio de Salud referidas al dictado de las reglamentaciones o instrucciones necesarias a fin de evitar en lo sucesivo que se le exija autorización judicial a las mujeres con indicación médica precisa para practicar la “ligadura de trompas de Falopio”, con el objeto de evitar riesgos a la vida o graves lesiones a su salud

**ESTERILIZACIÓN QUIRURGICA  
ANTICONCEPTIVA**

## ESTERILIZACIÓN QUIRURGICA ANTICONCEPTIVA

Como anteriormente se ha visto, la única forma en que es posible legalmente una lisis tubaria en la mayoría de las provincias argentinas, es mediando indicación terapéutica. Frente a esta cuestión surge el interrogante de cuáles serán los fundamentos para poder permitir una de intervención de este tipo sin que haya tal indicación médica.

### A quienes va dirigida esta posibilidad:

Si bien la esterilización es, en principio, una intervención de efecto permanente (permanente y no definitivo ya que existe la posibilidad de reversión de la misma), estimo prudente que en principio solo debería aplicarse a las personas casadas que hayan decidido no tener más hijos. Este método debiera ofrecerse como una más de las tantas opciones anticonceptivas luego de un correcto asesoramiento de todas ellas. Los factores que deberían tenerse en cuenta a la hora de proceder a practicarla serían entre otros: la edad de la mujer, estado de salud y psiquismo de la misma, edad y número de hijos, situación socio-económica, imposibilidad de uso de otros métodos anticonceptivos, etc.

Al respecto la Organización Mundial de la Salud recomienda que no deberán utilizarse arbitrariamente estos factores para denegar la esterilización a aquellas personas que hayan optado libremente y con conocimiento de causa por este método<sup>115</sup>, como tampoco para otorgarla<sup>116</sup>.

Por ello, en esos casos en los que no media indicación terapéutica estimo que sería adecuada la intervención de los comités de bioética. Son ellos los entes que al estar formados por un grupo interdisciplinario de profesionales de distintas áreas, podrán analizar el pedido del solicitante desde una perspectiva mucho más amplia.

### Requerimiento por una mujer soltera o que aún no ha tenido hijos:

En el presente trabajo centré el estudio en base a pedidos de personas que no quieren tener más hijos porque la mayor problemática giraba en torno a estas cuestiones. Hasta el momento de la realización de la presente investigación no he tenido acceso a fallos o dictámenes en donde los pedidos hayan sido por personas solteras.

La cuestión en si escapa del planteo originario del presente trabajo, no obstante, llegada las cosas a este punto de análisis, es inevitable hacer frente a un cuestionamiento de este tipo e intentar dar al menos una mínima respuesta.

Estimo que en estos casos dependerá de las motivaciones del paciente las que deberán ser oídas por el médico el cual podrá siempre refugiarse en la objeción de conciencia.

Creo que siempre por sobre todas las cosas rige la autonomía del paciente y si aplicamos la analogía en estos debates con casos que tienen contenidos más éticos de mucho mas peso, no deja de ser una situación muy similar al derecho de abstenerse a un tratamiento.

Intentando hacer una aproximación a la idea que quiere expresar el Dr. Mainetti<sup>117</sup>, debemos darnos cuenta que vivimos en un contexto al que llamamos post moderno, cuyos los referentes son Pigmalión y Narciso. Así, un médico con poder de Pigmalión y un paciente con actitud narcicista pueden llevar a una peligrosa alianza. *El desafío es controlar a esta medicina del deseo y a esta cultura- salud de legitimación hedonista.*

## **POSIBLES ENCUADRES**

Entre los fundamentos posibles para permitir una práctica de este tipo aquí entran en juego cuestiones como:

- Redefinición del concepto de salud y por ende el de indicación terapéutica.

- Interpretación la prohibición legal a la luz de normas, valores y principios constitucionales y de los cambios en los modelos de la medicina.

### **I- Redefinición del concepto de salud y de indicación terapéutica**

Hemos visto que la OMS, entiende por “salud” a no solo la ausencia de enfermedad, sino al bienestar completo, tanto físico, psíquico y social. O sea, el actual concepto de salud se enrola mas en lo que actualmente se considera “calidad de vida”

Dado lo abarcativo de la definición, igual de amplio puede entenderse el concepto de “indicación terapéutica”, entendiéndose como tal no solo a la prevención de enfermedades sino a *todas aquellas acciones dirigidas a conseguir el completo bienestar de la persona* y su consecuente equilibrio psicofísico.

Varios son los autores que coinciden con lo expresado en el párrafo anterior. Como bien dice el Dr. Pedro Hooft, “la indicación terapéutica ha de ser interpretada en un sentido amplio e incluso con finalidad preventiva, comprensivo del concepto de vida de la persona concerniente, y de su salud interpretada conforme a la ya clásica definición de la O.M.S. en el sentido de equilibrio físico-psíquico y emocional”.<sup>118</sup>

De la misma forma, el Dr. Luis G. Blanco entiende como indicación terapéutica, en general, a toda intervención médica, sea o no quirúrgica, “destinada a la curación, mejora o mantenimiento de las condiciones de salud, o bien, a la supervivencia del paciente”<sup>119</sup>. La finalidad última de cualquier procedimiento médico es la de favorecer la calidad de vida de las personas sometidas al mismo.

Nuestra jurisprudencia ha dicho que “Si bien es cierto que la Ley 17132, que regula en el orden nacional las profesiones médicas, establece en principio la prohibición para la práctica de intervenciones quirúrgicas que impliquen esterilización, no lo es menos que se exceptúan los casos en que exista una clara indicación terapéutica . . . la indicación terapéutica de la esterilización ha de ser interpretada en un

sentido amplio e incluso con finalidad preventiva, comprensivo del concepto de vida de la persona concerniente, y de su salud interpretada conforme a la ya clásica definición de la OMS, en el sentido de equilibrio físico-psíquico y emocional . La finalidad terapéutica puede referirse tanto a la salud física como a la salud mental de la persona involucrada (...)

Así las cosas, el recaudo establecido en la ley como “Indicación Terapéutica” debe ser interpretado en un sentido amplio y desde una perspectiva bioética en el marco de una procreación responsable, en el contexto de una ética de la responsabilidad, apelando a la libertad de conciencia de las personas directamente involucradas<sup>120</sup>

**¿Se puede considerar a la anticoncepción, cualquiera sea el método elegido, una medida o indicación terapéutica?**

El uso de cualquier método anticonceptivo con fines de planificación familiar ofrece diversas ventajas para la salud, no solo para la mujer, sino también para la de la pareja, los hijos y la sociedad en su conjunto.

La salud (psicofísica) de la madre, posee una proyección comunitaria, en particular en el ámbito familiar y muy especialmente en lo que atañe a sus hijos mejores.

Retomando la definición de salud de la O.M.S., y teniendo en cuenta lo antes expuesto, creemos que la anticoncepción como método de planificación familiar, puede ser considerada una medida terapéutica tendiente a alcanzar un equilibrio físico-psíquico-emocional, no solo de la mujer sino del grupo familiar en particular y de su relación con la sociedad en general.

## **II – Reinterpretación de la prohibición legal a la luz de los nuevos cambios sociales:**

Esta idea es la que vierte en su fallo el Dr. Pedro Hooft que al respecto manifiesta “La norma prohibitiva referida a esterilizaciones en sujetos humanos debe ser interpretada en cada situación concreta a la luz de normas, valores y principios

constitucionales (...) No existe un deber jurídico en orden a la procreación, de manera tal que todo lo atinente a la voluntad procreacional pertenece al ámbito de las decisiones íntimas de la pareja, dentro del ámbito de reserva amparado por el art. 19 CN (...) tratándose de una conducta autorreferente la decisión de la amparada de requerir autorización para practicar una ligadura tubaria bilateral, importa el ejercicio de un derecho personalísimo en orden a la procreación responsable, de su propia salud y del bienestar de su grupo familiar”<sup>121</sup>.

### **Los cambios en el modelo de la medicina<sup>122</sup>:**

La práctica médica, tanto diagnóstica como terapéutica consiste en una continua toma de decisiones en condiciones de incertidumbre. Educar al médico en la toma de decisiones es una de las máximas responsabilidades de la escuela de medicina, ya que los enfermos no presentan sólo problemas biológicos sino también morales. Por esto el proceso de toma de decisiones morales en el área sanitaria es enormemente complejo y necesita un tratamiento específico.

Este carácter social que se le atribuye al quehacer profesional genera deberes morales y jurídicos, que traerán aparejadas sus correlativas sanciones cuando el compromiso asumido sea incumplido<sup>123</sup>

Lo que la bioética pretende es resolver los problemas prácticos que plantean el ejercicio de la biología y la medicina en una sociedad secularizada y pluralista. Se da por supuesto que cada uno de los agentes que intervienen en la relación médico - sanitaria tiene ya formada su propia conciencia moral, y lo que intenta enseñársele es cómo tomar decisiones concretas, que sean razonables y puedan ser aceptadas por la mayoría.

Los dilemas que surgen en la relación médico - paciente pueden ser analizados tradicionalmente desde dos modelos o patrones de responsabilidad moral que comparten una finalidad común: procurar satisfacer los mejores intereses del enfermo. Cada modelo se origina a partir de un punto de vista fundamental desde el que pueden interpretarse dichos intereses: el principio de beneficencia/no maleficencia y el

principio de autonomía. Estos modelos ayudan <sup>124</sup> al médico a analizar y justificar actitudes y comportamientos moralmente apropiados por su parte, en el cuidado de los pacientes.

La preeminencia o no de ciertos valores definirá el tipo de relación, aunque no hay que olvidar que tanto médicos como pacientes están insertos en una sociedad, una cultura particular y generalmente en instituciones que influyen y atraviesan la relación.<sup>125</sup>

### El modelo de beneficencia

Las fuentes históricas primarias del modelo de beneficencia se encuentran en la ética médica desarrollada en Occidente a lo largo de los últimos dos mil quinientos años, pudiendo sistematizarse dos períodos: el primero en la antigua Grecia y los médicos hipocráticos; el segundo en la Gran Bretaña del s. XVIII, con la ética médica del escocés John Gregory<sup>126</sup>.

La entrega en manos del médico era absoluta para que él determinara lo que considerara más conveniente. Se daba por ello una actitud de superioridad y “paternalismo” hacia el que todo lo espera en medio de su impotencia, sosteniendo que el punto de vista de la medicina puede legítimamente sustituir al punto de vista del paciente, con el fin de protegerle de consecuencias cuyo significado completo él no podría apreciar, por ejemplo en situaciones en que se expone a un riesgo que estima irrazonablemente alto, o a efectos potencialmente peligrosos o irreversibles.<sup>127</sup>

*Esta tradicional forma de ejercer la medicina ha producido muchas veces un exacerbado autoritarismo médico y bajo su influencia ha sido dictada la norma que analizaremos, la ley de facto (dec-ley del año 1958) N° 17.132 que regula la práctica médica, las normas de los Códigos de Ética Médica y los Códigos provinciales.*

Los cambios en lo macrosocial han influido sobre esta relación y lo que antes era un gesto de beneficencia o un prestación remunerada por los particulares, ahora se ha convertido en un servicio público al que todo el mundo, al menos en teoría, tiene

derecho. El principio de beneficencia deja de ser el único criterio, para completarse ahora con el principio de justicia. A partir de ese momento se comienzan a desarrollar los derechos de los enfermos como una exigencia de la justicia que brota, entre otros, de su condición de consumidor. El enfermo como ser autónomo, ha perdido su condición de menor de edad y participará en las decisiones sobre su salud.<sup>128</sup>

### El modelo de autonomía

A diferencia del modelo anterior, el modelo de autonomía estima los valores y creencias del paciente como la principal consideración moral en la determinación de las responsabilidades del médico en la asistencia del paciente: si los valores del paciente se enfrentan directamente con los del médico, la responsabilidad fundamental del facultativo consiste en respetar y facilitar una autodeterminación del paciente en la toma de decisiones sobre su destino médico. Las obligaciones y virtudes del médico brotan por lo tanto del principio de autonomía.

Podemos intentar una definición de autonomía diciendo que *la decisión de una determinada persona será autónoma si procede de los valores y creencias propias, se basa en una información y comprensión adecuadas y no viene impuesta por coacciones internas o externas.* Según Pellegrino “la autonomía es la capacidad de autogobierno, una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar en forma razonada a partir de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas según sus propios valores”<sup>129</sup>.

*El concepto de autonomía no es la expresión de una libertad a ultranza, que desembocaría en la medicina del deseo, capaz de satisfacer cualquier necesidad o interés de los seres humanos. La autonomía tiene que ser vista desde la intersubjetividad, superar la intencionalidad subjetiva monológica y armonizarla en el contexto histórico-social.*

Una de sus características supone el cambio estructural de la relación, así pasamos del modelo sacerdotal al modelo contractual; el médico reconoce que el paciente debe mantener la libertad de control sobre su propia vida cuando tiene que hacer decisiones significativas. Si el médico no es capaz de aceptar estos términos, el contrato no se hace o se rompe; y el paciente confía en que, una vez establecida esta estructura, las decisiones médicas instantáneas que deben tomarse a diario para su atención, serán ejecutadas por el profesional dentro ese marco de referencia.<sup>130</sup>

Si bien sus formulaciones más destacables se encuentran en la ética filosófica de los s. XVII y XVIII, en obras como las de Locke, Kant, Stuart Mill y Bentham, el modelo de autonomía se abre camino desde los tribunales, plasmando desde su nacimiento su carácter de demanda social.

Como puede verse, el principio de autonomía es una elaboración clásica del liberalismo que se refiere a la no interferencia del estado en los planes de vida particular de cada individuo; que dentro de éste contexto es necesario que el legislador no se convierta en un tirano y que sus funciones no se deben confundir con las de un moralista.

### **Nuestro vértice jurisprudencial**

En nuestro país, este modelo de la autonomía entra en escena con la posibilidad de negarse a recibir tratamiento médico y el reconocimiento del principio de autonomía en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Así, mientras que sentencias anteriores a 1984 declaraban la sacralidad de la vida humana, “sin la cual los otros derechos no son posibles”<sup>131</sup>, y los jueces facultaban a los médicos a proceder según el criterio de la ciencia en contra de la voluntad expresa del paciente, si el tratamiento era “seguro, indoloro, y necesario para prolongar la vida y mantener la salud” ; con el advenimiento de la democracia se centra el foco en el valor de la persona ; y así, en 1986 la Suprema Corte en el caso **Bazterrica** establece la

“prohibición constitucional de interferir con las conductas privadas de los hombres, que responde al hecho de que el Estado no debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles la libertad para que ellos elijan”<sup>132</sup>. En **Portillo**, de 1989, la Corte advierte sobre el peligro de la violencia estatal respecto del fuero íntimo abarcando un sistema de valores, no necesariamente religiosos, en los que el sujeto podía basar su propio plan de vida, que debían ser protegidos.<sup>133</sup> **Ponzetti de Balbín** analiza de cerca los aspectos del derecho a la intimidad. “el derecho a la privacidad... comprende otros aspectos... tales como la intangibilidad corporal... y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona.”<sup>134</sup> Finalmente en 1993, en **Bahamondez** declara enfáticamente la inviolabilidad, y “el respeto por la persona humana, valor jurídicamente protegido, con respeto de los cuales los demás tienen carácter instrumental”.<sup>135</sup> A este reconocimiento del más alto tribunal, así como los numerosos pronunciamientos de jueces de primera y segunda instancia, se suma la doctrina especializada que es conteste en admitir la preeminencia y raigambre constitucional del principio de autonomía en nuestro ordenamiento jurídico.<sup>136</sup>

Surge con claridad que en estas cuestiones debatidas no está involucrado ningún derecho de los médicos; como afirma el Dr. Bidart Campos: la medicina y el auxilio médico no son ni pueden ser algo distinto a un auxilio para la salud y la vida, a los que el derecho presta cobertura y define como derechos personales.<sup>137</sup>

*Esta situación a veces impone deberes en sujetos pasivos como los profesionales de la medicina, y otros sujetos obligados, pero ello nunca puede obstaculizar la vigencia de la disponibilidad del derecho para su titular.*

La efectiva tutela de estos derechos impone, en nuestros días, que la actividad de dichas terceras personas se asiente en una decisión autónoma e informada del interesado y ello compromete el criterio médico que debe ser serio, fundado, adecuadamente explicitado y respetuoso de los derechos de las personas.<sup>138</sup>

Todo parece indicar que *el cambio de paradigma, que no implica descartar elementos valiosos del modelo de beneficencia, que de hecho continua rigiendo en sus esquemas tradicionales para todas aquellas situaciones de capacidad disminuida para conformar un verdadero consentimiento informado, traería consigo un cambio en los bienes jurídicos tutelados*

Por otra parte el surgimiento de los derechos fundamentales ha hecho cambiar la visión estableciendo un nuevo tipo de relación entre lo privado y lo público dando prioridad al primero. Este ámbito tiene una protección máxima similar a la que tuvo en otro tiempo el derecho de propiedad.<sup>139</sup>

#### **Las conductas autorreferentes:**

La Constitución Nacional en su **artículo 19**, parte primera, expresa: **“Las acciones de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exenta de la autoridad de los magistrados”**.

El artículo 19 de la Constitución Nacional se refiere a aquellas acciones voluntarias que forman parte de la autorreferencia de la persona, área de libertad en la que el Estado no puede interferir indicándonos cómo se debe vivir para ser virtuosos o qué se debe profesar o planificar, por cuanto sólo atañe al individuo elegir un proyecto de vida personal<sup>140</sup>

Recordando la causa Bahamondez, resuelta por la Corte Suprema, cabe mencionar los criterios y argumentos expuestos por algunos de los magistrados intervinientes. Los ministros Fayt y Barra resaltaron que “el respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental... Además (...) está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su

personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 C.N...”. Los magistrados Belluscio y Petracchi, por su parte, expresaron que “... el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...”

Como bien dice, el Dr. Germán J. Bidart Campos, el cuidado de la salud propia, cuando la conducta “descuidada” no compromete a terceros, se recluye en el ámbito de la privacidad. *La conducta es autorreferente, es decir, se refiere exclusivamente a la persona que cuida o descuida su salud. ¿Es posible interferir en esa zona retraída al Estado y a los demás particulares? Cuesta hacer entender que no es posible y, todavía más, que la interferencia deviene inconstitucional, lisa y llanamente, porque se trata de acciones privadas, y el art. 19 es contundente al respecto.*

*Todo proyecto de vida se traduce en conductas autorreferentes, el cual es un derecho personalísimo, indisponible para terceros, que da razón sobrada de la no juridicidad del deber (solamente ético) de cuidar la propia salud cuando la conducta, por ser autorreferente, no incide en los demás y está exento de la autoridad de los magistrados, según lo expresado en el art. 19 C.N., como también de la autoridad de los médicos, de los familiares y de cualquier otro sujeto.*

Algunos pronunciamientos judiciales resolvieron, dentro de un marco legal, respetar la voluntad de los pacientes. Es nuestra opinión que, en vistas de la legislación y jurisprudencia vigente, se permita la práctica de la esterilización quirúrgica como método de planificación familiar.

La libertad de intimidad presupone la tutela jurídica de la vida privada. Como encuadre del art. 19 CN estamos acostumbrados a tener como sinónimos el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad; no obstante hay doctrina que hace una sutil diferencia. Nino por ejemplo, entiende que la *intimidad* es la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros, y la *privacidad* es la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañan a otros) por más que se cumplan a la vista de los demás y sean conocidos por éstos. Realizar una esterilización pasaría a ser un acto privado entre el médico y el paciente y como tal la conducta depende de las valoraciones éticas de cada uno de ellos tenga sobre el acto.

En tales casos, el hecho de que los demás tomen noticia de algo no llega a sustraer estas acciones y situaciones del ámbito de la privacidad que inmuniza el art. 19, en tanto no se ofenda el orden, la moral pública, o se dañe a terceros, mientras las conductas sean exclusivamente autorreferentes<sup>141</sup>.

La intimidad abarca muchos aspectos, entre ellos la reserva de los actos y datos personales y familiares que son referidos principalmente a los sentimientos, conducta sexual, salud.

La Corte Suprema ha dicho que “...estas acciones quedan fuera de la competencia del ordenamiento jurídico, podrán estimarse de buenas o malas moralmente pero no admiten calificación de lícitas o ilícitas según el Derecho”<sup>142</sup>

### **¿Es la esterilización una conducta autorreferente?**

Es coherente con el principio bioético de autonomía y su traducción jurídica de libre determinación y del derecho a constituir una familia, con raigambre constitucional (que incluye el de elegir la cantidad de hijos y la diferencia entre ellos o el no tenerlos), aceptar que el sujeto goza de la facultad de autorizar tales prácticas en su propio cuerpo. Ello no afectaría, desde la realización individual, intereses públicos preponderantes, por

tratarse de actos autoreferentes; por lo tanto toda oposición a tales decisiones realizada de manera sistemática y fundada en argumentos abstractos es arbitraria.<sup>143 144</sup>

Bidart Campos ha señalado en una nota, comentando un fallo del Dr. Hooft del año 1991, que las decisiones personales del matrimonio sobre la procreación, la privacidad de la vida sexual, y la autonomía personal, que no perjudican la moral pública ni los derechos ajenos, son ajenas a la intromisión del estado, que no puede convertirse en planificador de la procreación ni entrometerse en derechos personalísimos, propios del plan personal, del que no derivan efectos nocivos para los demás<sup>145</sup>

La decisión de someterse a esta intervención, importa una conducta autorreferente -como tal, exclusiva del sujeto que la adopta, librada a su criterio y referida sólo a él-, aquí, de disposición del propio cuerpo y en vistas a la infecundación, decisión tomada conforme a la libertad de conciencia y al derecho a la privacidad, inofensiva para el orden y la moral pública y que no afecta derechos de terceros, por lo cual resulta jurídicamente inobjetable, máxime si se atiende al debido respeto a la autonomía personal y al plan racional de vida que cada cual elige para sí<sup>146</sup>.

No existe un deber jurídico en orden a la procreación, de manera tal que todo lo atinente a la voluntad procreacional pertenece al ámbito de las decisiones íntimas de la pareja, dentro del ámbito de reserva amparado por el art. 19 CN (...) tratándose de una conducta autorreferente la decisión de la amparada de requerir autorización para practicar una ligadura tubaria bilateral, importa el ejercicio de un derecho personalísimo en orden a la procreación responsable, de su propia salud y del bienestar de su grupo familiar”.

**Requisitos para que la conducta sea autorreferente:**

**Ofensa al orden y a la moral pública:**

Ahora bien, la conducta es autorreferente e inmersa en la protección del art. 19 de la Constitución Nacional en tanto **de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero**

Si bien esta norma resguarda en la intimidad y sustrae de la autoridad de los magistrados las acciones privadas que de ‘ningún modo’ ofendan el orden, la moral pública, ni los terceros; la expresión ‘de ningún modo’ no debe interpretarse con tremendismo, porque toda conducta humana, por más íntima y reservada que sea y por más que merezca calificarse como privada, tiene indirectamente algún reflejo en la sociedad, es decir, en los demás. Al menos porque pueden causar disgusto, incomodidad o hasta repugnancia en otros. Pero esos no son efectos directamente dañinos para terceros. Tampoco admiten considerarse de esta manera los eventuales riesgos futuros o probables.<sup>147</sup>

Obviamente las conductas que realicen algunos violenten exigencias morales de otras personas en diferentes ámbitos; ello es así, en la medida en que somos distintos y así –distintos– corresponde que nos toleremos. Allí entonces radica el sentido de la garantía constitucional que se comenta: la no imposición de una moral privada la que como acción exteriorizada debe ser aceptada, mientras no se provoquen daños a terceros.

Vivimos en una sociedad multicultural en la cual se presentan cuestiones de índole bioética que incumben a todos los seres humanos, y “la autoridad del Estado no tiene el deber ni la competencia de legislar sobre la moralidad en cuanto tal”, sostener lo contrario importa un irrespetuoso avasallamiento de la autonomía personal, temperamento que no se condice con principios republicanos elementales.<sup>148</sup>

### **Possible tercero perjudicado:**

Existe un inconveniente al reconocer a la esterilización permanente ese carácter de conducta autorreferente vinculada con la privacidad, la libertad, la intimidad y la

dignidad personales.<sup>149</sup> Tal elección del solicitante de esterilización voluntaria (no así en los casos en que media indicación terapéutica por estar en riesgo la salud), si bien no ofende al orden o a la moral públicas, involucra a terceras personas en su proyecto vital, y les impone por la fuerza de los hechos una interpretación particular de la beneficencia que sólo a él le atañe.

Además, concurda con el principio contractual de que la autonomía de la voluntad de las partes les permite contratar lo que quieran, siempre y cuando no afecte a los derechos de terceros.

¿Quiénes son esos terceros? Pues en primer lugar el cónyuge del paciente, porque una decisión sobre la órbita procreativa, antes o después de consumado el casamiento, lo obliga a aceptar pasivamente una realidad quizá no deseada que se constituye en un impedimento para aumentar la prole. Si existió reticencia dolosa de la persona, ocultando la esterilización quirúrgica realizada con anterioridad al matrimonio, el cónyuge bien podría alegar la circunstancia como causal de nulidad, por vicios de la voluntad y error en las cualidades personales (art.175 y 220 del Código Civil Argentino). Por el contrario, si la cirugía de esterilización se lleva adelante una vez consumado el matrimonio, con ignorancia o mediando oposición del cónyuge, el hecho podría oportunamente constituirse en la causal subjetiva culpable de injurias graves (art. 202 y 214 del Código Civil Argentino), procediendo luego a la separación personal o al divorcio vincular.

Justamente, para evitar eventuales perjuicios y por entender que aquí está juego otro derecho constitucional cual es el derecho a una familia, estimo necesario que en estos casos de esterilización quirúrgica voluntaria se requiera el anociamiento del cónyuge. El derecho a la procreación no es un derecho individual sino que se ejerce por ambos integrantes de la familia

No estimo que la intervención del cónyuge daba ser de tal entidad que requiera su consentimiento. Aquí, quien está disponiendo de su cuerpo es el paciente que desea poner fin a su capacidad reproductiva. En este sentido subrayo el principio de autonomía de la persona.

Además, partiendo de la base que las decisiones familiares y mucho mas las relativas a la procreación, deben ser tomadas por ambos miembros de la pareja, la oposición a este tipo de métodos y el tomar una decisión en forma autónoma sin el acuerdo del cónyuge, no refleja otra cosa mas que la desunión y el desinterés en mantener el vínculo conyugal factor que a la larga podría terminar en la disolución del vínculo.

Si hay conformidad de ambos, vuelve a caer en la esfera del art. 19 de la Constitución Nacional y como tal un pedido de este tipo merece toda su protección en función de la autonomía, no solo de quien será intervenido sino de su compañero.

Al respecto, en el año 1994 el Comité de Derechos Humanos al analizar el citado artículo 15 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer emitió la Recomendación General 21, relativa a las serias consecuencias que tiene para las mujeres las prácticas coercitivas en donde expresa que las decisiones de tener hijos o no, bajo ninguna circunstancia pueden ser limitadas por el esposo o pareja, familiares o gobierno.

## **POSIBLES SOLUCIONES FRENTE A ESTA PROBLEMÁTICA**

### **1- Reinterpretación de las leyes que regulan el ejercicio de la medicina**

Partiendo de la base que estimo conveniente una modificación de la ley que regula el ejercicio de la medicina, como ello es de difícil implementación en un futuro cercano, estimo conveniente una reinterpretación de la ley en función de los nuevos modelos éticos que rigen en la relación médico-paciente, el principio de autonomía, el derecho a la privacidad, a la planificación familiar acorde a las posibilidades de cada individuo y de una unificación legislativa sobre el tema

### **2- Dictado de reglamentaciones o instrucciones para los casos de esterilización quirúrgica con indicación terapéutica.**

Para las provincias en que aún no está permitida la esterilización quirúrgica, es recomendable el dictado de reglamentaciones o instrucciones por parte de los ministerio de Secretario de Salud a fin de evitar en lo sucesivo que se le exija autorización judicial a las mujeres, que habiendo indicación médica precisa, requieran en una institución pública o privada que se les practique la “ligadura de trompas de Falopio” Como ya se ha visto, tal intervención es perfectamente legítima y por lo tanto, una autorización judicial al respecto implicaría cumplir con un requisito que la ley no exige. Al tratarse de una operación mutilante, solo es necesario el consentimiento “informado” del paciente siempre que se encuentre garantizado el acceso a la información actualizada sobre esta práctica y sobre los distintos métodos que pudieran sustituirla

### **3- Implementación de Comités de Bioética vigente desde noviembre de 1996**

Como la esterilización quirúrgica no está permitida en la mayoría de las provincias argentinas y a raíz del análisis de la jurisprudencia sobre el tema, es notoria la confusión que gira en torno sobre el tema, propongo como posible solución, la

implementación de los Comités de Bioética regulados en la ley nacional N° 24742 aunque está sin reglamentar.

Las virtudes que tienen estos organismos residen en que sus funciones versan en el asesoramiento, estudio, docencia y supervisión de la investigación respecto de aquellas cuestiones éticas que surjan de la práctica de la medicina hospitalaria, más aun en función de los cambios en los modelos de la medicina y en el reinado del principio de la autonomía.

El hecho que esté integrado por un equipo interdisciplinario entre los cuales haya profesionales médicos, personal paramédico, abogados, filósofos y profesionales de las ciencias de la conducta humana (sea psicólogos, psiquiatras o antropólogos) permite tener un enfoque pluralista de la problemática a tratar.

De esta forma, por medio de estos organismos se puede evitar la innecesaria judicialización de pedidos de esterilización quirúrgica (mediando o no indicación terapéutica) en aquellas provincias en las cuales aun no esté permitida legalmente en forma expresa o en los cuales las autoridades no hayan emitido resoluciones al respecto.

Un ejemplo de actuación este tipo de organismos es el Comité del Hospital Iturraspe<sup>150</sup> (Hospital Provincial de la provincia de Santa Fe) que realiza esta práctica desde el año 1996, con la participación del Servicio Social del mismo, el consultorio de Salud Reproductiva y la decisión final estaba a cargo del jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia, que realiza la práctica, previo cumplimiento de rigurosas condiciones, entre ellas: entrevistas estructuradas a través de las cuales los profesionales actuantes se interiorizan de la problemática de la paciente, a la vez que le informan sobre sus posibilidades reales de anticoncepción y sus implicancias; luego se firma el correspondiente acta de consentimiento para la realización de la ligadura.

## **PROPUESTA**

Otros Comité que también realizan este tipo de autorizaciones sin la necesidad de acudir a la justicia son el Comité de Ética del Hospital Privado de Comunidad de Mar del Plata<sup>151</sup>, Comité de ética del Hospital Eva Perón de San Martín Comité<sup>152</sup>

Al realizar dictámenes (los cuales no son vinculantes ni eximen de responsabilidad al equipo médico) una vez que emiten opinión sobre el tema, enmarcan una conducta a seguir y echan luz a múltiples cuestionamientos en que se ven enfrentados los médicos. Como se ve, sus funciones son ampliamente educativas y evita que se deba recurrir a la justicia (como hemos visto en mucho fallos) para pronunciarse sobre temas que son ajenos al ámbito judicial.<sup>153</sup>

Obviamente, no es necesaria su reunión permanente sino ad hoc y siempre y cuando ya no hayan emitido dictamen sobre una cuestión similar. Ante la duda, ya se de los médicos o del paciente, si el caso reviste o no las mismas condiciones que uno anterior, si será conveniente su reunión. No obstante, sería bueno que el director del Hospital por su cercanía a los casos, sea el encargado de reunir a dicho comité cuando sus funciones le son requeridas.

#### **4- Cuestiones entorno al consentimiento Informado:**

Otra cuestión a tener en cuenta esterilización quirúrgica, medie o no indicación terapéutica, es la es la relativa al consentimiento informado. No es mucho lo escrito sobre el tema ya que el desarrollo de la bioética y el derecho médico son ámbitos en donde recientemente comenzaron a desarrollarse discusiones. Es por ello que estimo necesaria una regulación al respecto que establezca bien lineamientos generales al momento de ser otorgado.

##### Instrumentación por escrito:

Es importante que de la información proporcionada por el médico al paciente, así como del consentimiento del paciente se deje constancia en acta la cual sea suscripta por éste y por el médico informante en presencia de al menos un testigo. Así mismo

debería ser suscripta por el Director del hospital y en caso que haya intervenido el Comité de Bioética, también podría archivar el dictamen que en su momento se haya dictado.

Sería aconsejable que sean otorgadas por duplicado, de las cuales un ejemplar de las cuales quedará archivado en el establecimiento en un libro que al efecto se establezca para el archivo de los mismos, y el otro será adjuntado a la historia clínica del paciente. El consentimiento puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica y la retractación del dador no genera obligación por parte del paciente ya que sigue reinando su autonomía.

#### Firma Certificada:

Es importante que alguna autoridad del hospital esté dotada de competencia para certificar las firmas que realizan los pacientes al momento de otorgar su consentimiento. De esta forma, se evitaría el costo de recurrir a una escritura pública o engorrosos trámites ante autoridades que en virtud de la especialidad están ajenas a este tipo de actos

#### Registro y Archivo:

Por cuestiones relativas a la prueba sería oportuno que el jefe de Hospital sea el responsable de llevar un registro y archivo de las actas donde consta el otorgamiento del consentimiento informado que realizan los pacientes. Las mismas deberían ser asentadas por orden cronológico en un libro previamente foliado. También sería oportuno que dicho registro sea rubricado por alguna autoridad de contralor, como ser, el Colegio de Médicos o Ministerio de Salud, si es que no desea hacer una delegación de competencia.

En cuanto al plazo de archivo de las actas, estimo que bastará que sea por un lapso no menor de diez (10) años, lo cual permite la accesibilidad a ellas en caso de ser

necesario para un eventual reclamo, debido a que tal plazo es el general de prescripción de las acciones.

#### Consentimiento del cónyuge:

En los casos en que la esterilización quirúrgica sea con indicación terapéutica y que el paciente estuviera casado estimo que es innecesario solicitar al cónyuge el consentimiento en iguales términos que a la paciente ya que, si media indicación terapéutica está en juego la propia vida o la propia salud del paciente.

En los casos de esterilización quirúrgica voluntaria, el médico debe estimular ala paciente para que incluya a las personas interesadas en el proceso del consejo médico ya que si bien es una decisión que se toma en forma autónoma, la posibilidad de procrear de la paciente puede afectar en forma significativa la vida de otras personas. Por ello, podría ser viable como vimos anteriormente, que se deje constancia en el acta del anociamiento por parte del cónyuge de la intervención que se irá a realizar mediante su opinión al respecto, más tal voluntad no integrará nunca el consentimiento del paciente en forma concurrente.

Si mediara disconformidad entre los miembros de la pareja en torno a la decisión, el médico tendrá derecho a abstenerse de intervenir en la misma.

#### Cuestiones a tener en cuenta en caso de una esterilización quirúrgica voluntaria:

Como en estos casos no está en juego la salud del paciente, no impera la urgencia como en los casos en que media indicación terapéutica. Al no haber plazos perentorios, la decisión puede ser tomada en forma más relajada.

Una forma de asegurar que estas personas estén dando su consentimiento realmente “informado” podría instrumentarse por medio de dos audiencias o entrevistas con el profesional médico interviniente. Una primera audiencia informativa tanto para el médico como para el solicitante El profesional se interiorizará del planteo realizado y evaluará la situación y el paciente se informará de las distintas cuestiones a tener en

cuenta para un procedimiento como el de este tipo. La segunda audiencia será al solo efecto de firmar el acta de consentimiento informado.

La obvia relación de la esterilización con la procreación, la potencial irreversibilidad del método y su naturaleza generalmente electiva, requieren que algunas consideraciones éticas un especial énfasis. Aunque estas consideraciones abarcan temas de elección privada e individual, ellas pueden también tener implicaciones sociales.

Este tipo de casos hay factores que deben tenerse en cuenta al momento de tomar una decisión entre los que pueden enunciarse los siguientes:

- 1° Conocimiento y uso correcto de *otros métodos anticonceptivos*;
- 2° Conocimiento de *otras alternativas* de esterilización en ambos sexos;
- 3° Evaluación de las consecuencias de una intervención de carácter permanente;
- 4° Riesgo de vida y/o estabilidad psicológica del paciente;
- 5° Edad;
- 6° Cantidad de hijos;
- 7° Tiempo de análisis de la decisión;
- 8° Momento de la decisión;
- 9° Situación socio-económica,
- 10° existe una tasa mensurable de fallas con cualquier método de esterilización.
- 11° La esterilización se entiende como permanente;
- 12° Considerar la posibilidad del arrepentimiento a través de un psicodiagnóstico situacional. Junto con ello, la persona debe ser enfáticamente informada acerca de:

1° Esta acción sobre su cuerpo determina una pérdida absoluta y definitiva de la función de sus órganos reproductores.

2° Los resultados estadísticos muestran que las circunstancias y vaivenes de la vida, llevan eventualmente al arrepentimiento.

## **5 - Objeción de Conciencia:**

Existen médicos, quienes, por sus creencias religiosas o filosóficas se oponen a la esterilización en cualquier circunstancia. Los médicos pueden también encontrar situaciones en las cuales, de acuerdo con su mejor juicio, la esterilización no resultaría apropiada. Estos médicos están en su derecho para abstenerse de efectuar métodos de esterilización. Es obligación de todo médico expresar claramente cuando sus convicciones personales limitan el consejo, los servicios o el arbitraje. Los pacientes tienen el derecho de ser informados que los servicios para esterilización pueden obtenerse en otro lugar.

## **CITAS:**

---

<sup>1</sup> En la realización de esta parte del trabajo me fue muy útil la investigación realizada por la Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar” miembro del instituto de Género, Derecho y desarrollo y CLADEM, Rosario

<sup>2</sup> Línea de pobreza es un límite estadístico que separa imaginariamente la pobreza de cierto bienestar social y familiar. La canasta básica es lo que permite ver el límite entre la pobreza y dicho bienestar. Actualmente su costo es de 772,70 pesos para un hogar de cuatro miembros.

<sup>3</sup> “Pobreza: no nos engañemos” Nota de Diego Valenzuela, Diario LA NACION, 11 de abril de 2005, Sección Opinión. Disponible también desde:  
[http://www.lanacion.com.ar/opinion/nota.asp?nota\\_id=695032&origen=clipping](http://www.lanacion.com.ar/opinion/nota.asp?nota_id=695032&origen=clipping)

<sup>4</sup> El límite entre la indigencia y la pobreza lo constituye la posibilidad de acceder a la canasta básica alimentaria, que en la actualidad (abril de 2005) se ubica en 354,40 pesos.

<sup>5</sup> En la ciudad de Rosario, el Dr. Barbato - Jefe de Obstetricia del Hospital Provincial del Centenario- afirma “...Diariamente, cada una de las maternidades públicas de Rosario atiende a una mujer con complicaciones producidas por un aborto. Si bien en algunos casos la pérdida del embarazo pudo haberse producido en forma espontánea, los médicos sospechan que la mayoría se debe a maniobras abortivas. (...)” Generalmente las pacientes llegan a la consulta y no relatan la causa de su afección” y “en casos de hemorragias puede tratarse de pérdidas del embarazo espontáneas, pero si existen infecciones es casi seguro de que el aborto fue provocado”. (...) Barbato fue aún más taxativo. “Un aborto espontáneo no se infecta y tampoco hay órganos lesionados”.

La tercera parte de las camas de mujeres en los hospitales municipales y provinciales están ocupadas por patologías derivadas de esta práctica. Generalmente las pacientes son mayores de 25 años, pero últimamente creció el número de adolescentes que deciden interrumpir la gestación (...) La mayoría de estas pacientes son mayores de 25 años que ya tuvieron otros hijos. “Habitualmente las mujeres que deciden hacerse un aborto ya tienen varios hijos y uno nuevo significa demasiada carga para la familia. Muchas veces las adolescentes no abortan porque pasa mucho tiempo hasta que confirman su gestación o porque el miedo a decirles a sus padres hace que avance su embarazo”, dijo investigadora del Centro Latinoamericano Salud y Mujer (Celsam), Silvia Totó. Aún así, la profesional advirtió que en los últimos tiempos también aumentó el número de jóvenes menores de 19 años que acuden a esta práctica... “En el Hospital Roque Sáenz Peña se reciben al año entre unos 340 y 370 casos de hemorragias, infecciones y lesiones provocadas por abortos. Pero esto no pasa sólo aquí, sino que es una cifra que se repite igual en todas las maternidades públicas”, aseguró Totó que integra el servicio de ginecología de ese efector municipal.

Para Barbato, la cifra “no es descabellada”. Es más, según sus datos, “el 30 por ciento de las internaciones hospitalarias públicas de mujeres obedecen a abortos hechos en malas condiciones”. Así, si se considera que en Rosario hay cinco hospitales polivalentes que reciben estos casos, se puede concluir que en la ciudad la salud pública atiende por año 1.750 mujeres con complicaciones por abortos. Y este número de ninguna manera revela la cantidad de abortos que efectivamente se hacen en Rosario. De todas formas, los dos profesionales insistieron en que no existen estadísticas oficiales sobre esta problemática. Fuente: Nota en diario LA CAPITAL escrita por Carina Bazzoni e Isolda Baraldi, Disponible también en <http://rosarinos.com/modules.php?name=News&file=article&sid=276>

<sup>6</sup> El Plan de Acción Regional par la Reducción de la Mortalidad Materna en las Américas ubica a la Argentina entre los países con alta mortalidad materna. Citado en: Bianco, Mabel, Fecundidad, Salud y Pobreza en América Latina .El caso Argentino, p.67

<sup>7</sup> Datos obtenidos de los fundamentos del DECRETO PROVINCIAL N° 92 de la Provincia de Misiones, que creó el “Programa Provincial de Planificación Familiar Integral” en febrero de 1998

<sup>8</sup> INDEC, “Situación y Evolución Social”, Síntesis Nro.4, Tomo 1, 1998 Citado por Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar”

<sup>9</sup> Bianco, Mabel. “¿Qué servicios y para quiénes?”, en: Mujeres Sanas, Ciudadanas Libres (o el poder de

---

decidir), Buenos Aires, FEIM/CLADEM, 1998, p.77. (CLADEM, Comité de America Latina y el Caribe para el Desarrollo y Defensa de los Derechos de la Mujeres) citado por Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar”

<sup>10</sup> Correia, María: “La relaciones de género en la Argentina. Un panorama sectorial”, Banco Mundial, Buenos Aires, 1999. citado por Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar”

<sup>11</sup> Cifra dada por el Dr. Alberto Badano (jefe de Ginecología del Hospital Roque Sáenz Peña y miembro del comité de expertos de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia) en un artículo escrito por Laura Vilche en el diario la Capital el día martes, 04 de noviembre de 2000  
[http://www.lacapital.com.ar/2003/11/04/ciudad/noticia\\_50401.shtml](http://www.lacapital.com.ar/2003/11/04/ciudad/noticia_50401.shtml)

<sup>13</sup> Ramos, Silvina, “¿Qué son los derechos reproductivos y sexuales?”, en: Tribunal permanente por los derechos de las mujeres a la salud, publicación del Foro Permanente por los Derechos de las Mujeres, Argentina, 1997, p.103. citado por Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar”

<sup>14</sup> Gogna, Mónica; Llovet, Juan José, “Los retos de la salud reproductiva: derechos humanos y equidad social” en La Argentina que viene, CEDES (Area salud, economía y sociedad) Buenos Aires, 1998 p.346 citado por Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar” citado por Lic. Gloria Schuster “Salud reproductiva y Planificación familiar”

<sup>15</sup> Howard Conn “Terapéutica” 1983, Editorial médica panamericana, Bs. As., 1983, pag. 998. citado por Luis Guillermo Blanco, “Esterilización terapéutica de adultos capaces” El Derecho, Tomo 161, p. 204

<sup>16</sup> Arrebere, Roberto, “Los actos de disposición del propio cuerpo y la planificación familiar” Ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires 20 al 24 de septiembre de 2001.

<sup>17</sup> Terminología utilizada en la ley de salud reproductiva y en la modificación a la ley de ejercicio de la medicina de la provincia de Río Negro, leyes 3450 y 3445 modif. de la 3338, respectivamente.

<sup>18</sup> Mongué Miguel A. “Ética, salud y enfermedad” Madrid, Palabra SA, Libros MC 1991 p. 51 citado por Luis Guillermo Blanco, “Esterilización terapéutica de adultos capaces” El Derecho, Tomo 161, p. 204

<sup>19</sup> Mateo Ramón, “Bioética y derecho” Barcelona, Ariel, S.A. 1987, p. 117 citado por Luis Guillermo Blanco, “Esterilización terapéutica en adultos capaces” El derecho, tomo 161, pag. 204. Nota a Fallo: Juzgado de 1 Instancia Civil y comercial N° 5 Lomas de Zamora, 25 de abril de 1994 en autos " R. de G G. y otro s/ venia judicial"

<sup>20</sup> Mongué, Miguel A. “Ética, salud y enfermedad” Madrid, Palabra SA, Libros MC 1991 p. 153, citado por Guillermo Luis Blanco. "Esterilización terapéutica en adultos capaces" El derecho, tomo 161, pag. 204. Nota a Fallo: Juzgado de 1 Instancia Civil y comercial N 5 Lomas de Zamora, 25 de abril de 1994 en autos " R. de G G. y otro s/ venia judicial"

<sup>21</sup> Basso Domingo “Nacer y morir con dignidad. Bioética” Bs. As. Depalma, 1991, ps. 204/5 citado por Luis Guillermo Blanco, "Esterilización terapéutica en adultos capaces" El derecho, tomo 161, pag. 204. Nota a Fallo: Juzgado de 1 Instancia Civil y comercial N 5 Lomas de Zamora, 25 de abril de 1994 en autos " R. de G G. y otro s/ venia judicial"

<sup>22</sup> Un caso de éstos se dio en un fallo del Dr. Pedro Hooft Juzgado criminal N° 3 Mar del Plata – 12 de agosto de 1991 (E.D. – T 145 – p. 441) en donde entre otras causas que motivaban la solicitud de la actora, como ser peligro de abortos espontáneos, varios problemas de salud en general, precaria situación económica; se mencionaba que uno de sus 7 hijos anteriores padecía deficiencias mentales habiendo nacido prematuramente y le preocupaba las condiciones de salud que el nuevo hijo podría tener.

Así mismo, un fallo de la Cámara de la Plata, sala III del 18 de noviembre de 1997 (LL. Bs. As. 1998- p. 986) otorgo venia judicial para tal intervención a una parturienta portadora del virus de H.I.V, madre de seis hijos, uno de los cuales se encuentra infectado (debido el contagio a raíz del parto) y el que estaba por nacer también corría tal riesgo de infectarse.

---

<sup>23</sup> Puede verse un caso de estos en el fallo del Dr. Pedro Hooft Juzgado criminal N° 3 Mar del Plata – 12 de agosto de 1991, también habilita tal intervención debido a miatosis uterina, flevo patías periféricas, gestosis hipersensitiva, anemia gestacional, patología ovárica. Parto anterior con graves problemas de salud. Se hace constar la contraindicación de otros métodos anticonceptivos o bien se aconseja su no utilización por no brindar seguridad necesaria.

Sí mismo, Juzg. Crim y Correc. De transición n° 1 Mar del Plata, 5 de marzo de 1999 (LL Bs.As. p. 1039) al analizar los hechos alegados por la actora hace alusión a la edad avanzada de la madre, complicaciones maternas y fetales luego de tres cesáreas anteriores, abortos esponáneos.

También, Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N°1, Paraná, noviembre 29 de 1996. E., N. B. c/ Hospital San Roque y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial. Acción de Amparo, la accionante alega que padece hipertensión arterial severa, diabetes mellitus y asma bronquial; que ha sufrido un cuadro neurológico por hipertensión con secuelas y que ha sufrido crisis hipertensivas prolongadas durante los embarazos, hechos traumáticos estos que -infiere- ponen en peligro su vida y la de su hijo en gestación.

<sup>24</sup> LLauro, J.L. “Esterilización quirúrgica” ps. 274/5 y 271 citado por Luis Guillermo Blanco, p 210 "Esterilización terapéutica en adultos capaces" El derecho, tomo 161. Nota a Fallo: Juzgado de 1 Instancia Civil y comercial N 5 Lomas de Zamora, 25 de abril de 1994 en autos " R. de G G. y otro s/ venia judicial"

<sup>25</sup> Siverino Bavio Paula, “Ligadura de Trompas: ¿delito o derecho?” Revista persona: Revista electrónica de derechos existenciales N° 1 Número 1, Noviembre del 2001 Disponible en: <http://revistapersona.com.ar/ligadurasiverino.htm>

<sup>26</sup> Compendio de Ginecología, Héctor L. Guixa – Juan E. Otturi, Tercera Edición, López Libreros Editores, Buenos Aires, 1980, pag. 473/474, 6, 16, 475/478.

<sup>27</sup> Técnicas oclusivas de esterilización femenina, Network en español: Otoño 1997, Vol. 18, No. 1 Disponible en: <http://www.fhi.org/sp/networks/sv18-1/ns1812c.html>

<sup>28</sup> Sarah Kéller, en “Técnicas oclusivas de esterilización femenina”, Network en español: Otoño 1997, Vol. 18, No. 1 <http://www.fhi.org/sp/networks/sv18-1/ns1812c.html>

<sup>29</sup> Conforme a David Morrison, “Esterilización con ácido, la Quinacrina” disponible en <http://www.vidahumana.org/vidafam/esteril/acido.html>

<sup>30</sup> Organización Mundial de la Salud. En “Esterilización femenina. Guía para la prestación de servicios”, pag. 1. Ed. O.M.S. Ginebra, 1993.

<sup>31</sup> (Del lat. anastomōsis, y este del gr. ἀναστομωσις, embocadura). 1. f. Bot. y Zool. Unión de unos elementos anatómicos con otros de la misma planta o del mismo animal.

<sup>32</sup> versión taquigráfica de las sesiones del día 6 de octubre de 1999 al tratarse la ley de salud reproductiva en la Ciudad de Buenos Aires.

<sup>33</sup> Word, Carl y Westmore Anne, “Fecundación in vitro”, Barcelona, Fontanella, S.A. ps. 44/6 Cfr. Luis Guillermo Blanco, “Esterilización terapéutica de adultos capaces” El Derecho, Tomo 161, p. 208

<sup>34</sup> Cfr.: Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 19ª edic., Madrid, 1970

<sup>35</sup> Blanco, Luis G.: Luis Guillermo Blanco, p 210 "Esterilización terapéutica en adultos capaces" El derecho, tomo 161, pág. 208/9 -nota 25, con citas de Mongué, Kaufmann, Ray y Wood-Westmore- y 217

<sup>36</sup> Superior Tribunal de Justicia, Sala N° 1 en lo Penal, Entre Ríos, diciembre 9 de 1996 "E., N. B. c./ Hospital San Roque y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial-Acción de amparo" ConsiderandoVII. Disponible en revista electrónica “cuadernos de Bioética” sección Fallos y Dictámenes: <http://cuadernos.bioetica.org/fallos3.htm>

<sup>37</sup> En igual sentido el Dr. Creus entiende que no se da el delito de lesiones gravísimas si a raíz de la lesión se pierde la capacidad de engendrar o concebir pero puede no obstante reproducirse por fecundación asistida (ver Creus, Carlos. Derecho Penal Parte Especial Tomo I, 6° edición 2° reimpresión 1999 Editorial Astrea. Página 83)

---

<sup>38</sup> Ver al respecto el capítulo de derecho comparado donde se hace referencia a varios fallos judiciales que se vieron obligados a decidir casos que presentaron pacientes que luego de realizarse una esterilización quirúrgica quedaron embarazadas.

<sup>39</sup> GINE-web: Revista Científica, Issue/número 6: May/mayo 1997 (Am. J. Obstet. Gynecol. 174: 1161-70, 1996) <http://www.unizar.es/gine/re6.htm>

<sup>40</sup> GINE-web: Revista Científica, Issue/número 6: May/mayo 1997, <http://www.unizar.es/gine/re6.htm>. (New Engl. J. Med. 336: 762-7 1997)

<sup>41</sup> Elsa M. Moreno, Congreso Latinoamericano de Salud Sexual y Reproductiva, III Foro Nacional de Procreación Responsable, 14715/16 de abril de 2000, “La salud maternoinfantil y la salud reproductiva en la República Argentina”.

<sup>42</sup> Organización Panamericana de la Salud: Constitución de la Organización Mundial de la Salud. – Convención del 22 de julio de 1946 - En Documentos básicos, Documento oficial 240, Washington, 1991, página 23

<sup>43</sup> Kraut, El derecho de los pacientes, Abeledo Perrot, página 135.

<sup>44</sup> Eduardo Tinant “Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, soportes de tres derechos constitucionales y a la vez de los principios bioéticos y de los valores cimeros de la vida, la dignidad y la libertad humana” Jurisprudencia Argentina, 1999- III- pág. 366 y 367. Nota a fallo Juzg. Crim y Corr. Transición Mar del Plata, Nº 1 3/2/99 – A.Z., C.N.

<sup>45</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948

*Artículo 25*

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

<sup>46</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948

*Artículo VII:* Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Derecho a la preservación de la salud y al bienestar

*Artículo XI:* Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Derecho a la seguridad social

*Artículo XVI:* Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

<sup>47</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966- Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

impone a los Estados obligaciones genéricas de no discriminación. Señala en el artículo 2.2. “Los Estados Partes en el presente pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

*Artículo 11*

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

---

## Artículo 12

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

<sup>48</sup> Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 Aprobada por la República Argentina según ley 23054 (sancionada el 1/3/84; promulgada el 19/3/84; publicada en el B. O. el 27/3/84)  
*Artículo 5. Derecho a la integridad personal*

1º) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

<sup>49</sup> *artículo 10.1* Toda persona tiene derecho a la salud entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”. Dice en el punto 10.2 que “Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estado parte se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a) la atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la de asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad; b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado; c) la total inmunización con las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas...”.

<sup>50</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 - Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 - Ley Nacional N° 23.179 del 8 de Mayo de 1985 (con jerarquía constitucional a partir de la reforma del año 1994, artículo 75, inciso 22, Constitución Nacional)

### *Artículo 5*

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

### *Artículo 10*

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

### *Artículo 12*

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

### *Artículo 14*

1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

- b) Tener acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de planificación de la familia;
- c) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;

---

h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones

<sup>51</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 - Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49

<sup>52</sup> Nestor Pedro Sagüez, “Elementos de derecho constitucional” Tomo 2, 3º edición, 1º reimpresión, punto 882, página 330

<sup>53</sup> “La Provincia tutela la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad. Con tal fin establece los derechos y deberes de la comunidad y del individuo en materia sanitaria y crea la organización técnica adecuada para la promoción, protección y reparación de la salud, en colaboración con la Nación, otras provincias y asociaciones privadas nacionales e internacionales.

Las actividades profesionales vinculadas a los fines enunciados cumplen una función social y están sometidas a la reglamentación de la ley para asegurarla.

Nadie puede ser obligado a un tratamiento sanitario determinado, salvo por disposición de la ley, que en ningún caso puede exceder los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

<sup>54</sup> Art: 20 “el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente”. Dice a continuación que “el gasto público en salud es una inversión prioritaria. Se aseguran a través del área estatal de salud, las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad”

<sup>55</sup> Néstor Pedro Sagüez, Elementos del derecho Constitucional, Tomo 2, 3º edición, 1º reimpresión, punto 884, página 333

<sup>56</sup> (ver al respecto Roemer, Ruth; El derecho a la atención de la salud, en “El derecho a la salud en las Américas”, OPS, publicación científica 509, Washington, 1989, página 20.

<sup>57</sup> Nestor Pedro Sagüez, Elementos del derecho Constitucional, Tomo 2, 3º edición, 1º reimpresión, punto 884, página 334

<sup>58</sup> “La salud maternoinfantil y la salud reproductiva en la República Argentina” profesora doctora Elsa M. Moreno, Congreso Latinoamericano de Salud Sexual y Reproductiva, III Foro Nacional de Procreación Responsable, 14, 15 y 16 de abril de 2000

<sup>59</sup> Santos Cifuentes, “Derechos personalísimos”, 2da. edición, Astrea, Buenos Aires, 1995.

<sup>60</sup> Roberto Adorno “ ¿Qué debe entenderse por “indicación terapéutica” para una esterilización” La Ley Buenos Aires – 1997, página 659 – Nota a fallo Juzg. Crim. Y Correc N° 3, Mar del Plata, 23 de agosto de 1996

<sup>61</sup> (Del gr. δέον, -οντος, el deber, y -logía). 1. f. Ciencia o tratado de los deberes.

<sup>62</sup> Sancionada y promulgada el 24 de Enero de 1967; B.O. 31/1/67.

<sup>63</sup> aprobado por el Colegio Profesional de Médicos según autorización otorgada por decreto-ley 5.413/58

<sup>64</sup> Publicada en el boletín Oficial el 22 de Septiembre de 2004.

<sup>65</sup> [http://www.legislaturaneuquen.gov.ar/hln/documentos/leyesdoc/L002431\\_03.doc](http://www.legislaturaneuquen.gov.ar/hln/documentos/leyesdoc/L002431_03.doc)

<sup>66</sup> establecido por Ley 2222.

<sup>67</sup> SANCIONADA: 30/09/99, PROMULGADA: 14/12/99 - DECRETO NUMERO 29, BOLETIN OFICIAL: NUMERO 3740

<sup>68</sup> Fundamentos para la modificación de la ley provincial N° 3338

<sup>69</sup> Sancionada y promulgada el 24 de Enero de 1967; B.O. 31/1/67.

---

<sup>70</sup> En **Santa Fe**, el ejercicio regular de la medicina se halla normado a través del “Código de Ética de los Profesionales del arte de curar y sus Ramas Auxiliares”, Ley N° 4.931 del año 58, y en sus art. 55 y 56 establece los mismos preceptos; en la provincia de Entre Ríos es la ley provincial n° 3818, art. 26

<sup>71</sup> Opinión del Fiscal de Estado en el caso “E., N. B. c/ Hospital San Roque y/o Secretaría de Salud y/o Estado Provincial”. Acción de Amparo Juzgado de Primera Instancia en lo Correccional N°1, Paraná, noviembre 29 de 1996. La opción de que se trata de un caso de lesiones del art. 91 obviamente fue desestimada en 1° instancia y en la Corte. Publicado en: <http://cuadernos.bioetica.org/fallos2.htm> En el mismo sentido Dra. María Susana Ciruzzi en “La ligadura tubaria como práctica médica y su inserción en el derecho penal” Ponencia presentada en 1° JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO (Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000) disponible en: <http://www.aaba.org.ar/> buscar Ponencia N° 34. También se alegó que se trataba de un delito de lesiones en el caso “Lara Ramona Rosa s/ amparo” LLBA año 7 5 junio de 2000, página 549, cosa que fue desestimada por el Dr. Riquet.

<sup>72</sup> Raúl E. Zaffaroni, “Consentimiento y lesión quirúrgica”; J.A. Sección doctrina tomo 1973, Pág. 381

<sup>73</sup> Basile Alejandro “Lesiones: aspecto Médico legales” Ed. Universidad, Bs. As. 1994 citado por Paula Siverino Bavio “Ligadura de trompas: ¿derecho o delito? Resvista persona N° 1, noviembre del 2001 disponible en: <http://revistapersona.com.ar/ligadurasiverino.htm>

<sup>74</sup> Blanco, Luis, informe: Comité Hospitalario de Etica del Hospital de Clínicas “José de San Martín Facultad de Medicina, U.B.A. Ligadura de Trompas de Falopio. Aspectos jurídicos, informe elaborado por el Dr. Luis Guillermo Blanco (setiembre 4 de 2.000) citado por Paula Siverino Bavi : “Ligadura de Trompas : ¿delito o derecho?” Revista persona: Revista electrónica de derechos existenciales. N° 1 Número 1, Noviembre del 2001 Disponible en: <http://revistapersona.com.ar/ligadurasiverino.htm>

<sup>75</sup> Las sanciones que prevé la ley nacional de ejercicio de la medicina son ante una infracción a la misma son TITULO VIII - DE LAS SANCIONES (artículos 125 al 129)

Art.125.- En uso de sus atribuciones de gobierno de las matrículas y control del ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración, la Secretaría de Estado de Salud Pública, sin perjuicio de las penalidades que luego se determinan y teniendo en cuenta la gravedad y/o reiteración de las infracciones, podrá suspender la matrícula o la habilitación del establecimiento, según sea el caso.

En casos de peligro para la salud pública podrá suspenderlas preventivamente por un término no mayor a noventa (90) días, mediante resolución fundada.

Art.126.- Las infracciones a lo dispuesto en la presente ley, a las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y a las disposiciones complementarias que dicte la Secretaría de Estado de Salud Pública serán penadas por los organismos competentes de la misma con:

a) Apercibimiento;

b) Multas de un millón de pesos (1.000.000) a cuatrocientos millones de pesos (400.000.000) susceptibles de ser aumentada hasta el décuplo del máximo establecido, en caso de reincidencia;

c) Inhabilitación en el ejercicio de un (1) mes a cinco (5) años (suspensión temporaria de la matrícula);

d) Clausura total o parcial, temporaria o definitiva del consultorio, clínica, instituto, sanatorio, laboratorio o cualquier otro local o establecimiento donde actuaren las personas que hayan cometido la infracción.

La Secretaría de Estado de Salud Pública de la Nación, a través de sus organismos competentes, está facultada para disponer los alcances de la medida, aplicando las sanciones separada o conjuntamente, teniendo en cuenta los antecedentes del imputado, la gravedad de la falta y sus proyecciones desde el punto de vista sanitario.

Art.127.- En los casos de reincidencia en las infracciones, la Secretaría de Estado de Salud Pública podrá inhabilitar al infractor por el término de un (1) mes a cinco (5) años, según los antecedentes del imputado, la gravedad de la falta y su proyección desde el punto de vista sanitario.

Art. 128.- La reincidencia en la actuación fuera de los límites en que ésta debe ser desarrollada, harán pasible al infractor de inhabilitación de un (1) mes a cinco (5) años; sin perjuicio de ser denunciado por infracción al artículo 208 del Código Penal. (Ejercicio ilegal de la medicina)

Art. 129.- El producto de las multas que aplique la Secretaría de Estado de Salud Pública de conformidad a lo establecido en la presente ley, ingresará al Fondo Nacional de la Salud.

<sup>76</sup> Creus, Carlos. Derecho Penal Parte Especial Tomo I, 6° edición 2° reimpresión 1999 Editorial Astrea. Página 83

---

<sup>77</sup> Para enmarcar es aspecto civil frente a una esterilización quirúrgica y su relación con el consentimiento informado, fue de gran utilidad el trabajo realizado por Alexis García Adum, “LA RELACIÓN Y LA CONTRATACIÓN ENTRE MÉDICO Y PACIENTE” disponible desde:  
<http://revistapersona.4t.com/22AGarcia.htm>

<sup>78</sup> Ricardo D. Rabinovich-Berkman, Responsabilidad del Médico, Bs. As., Astrea, 1999, p 23

<sup>79</sup> Instrucciones para la redacción de formularios de consentimiento informado (1995). Comité de Bioética HIEMI – HIGA (Mar del Plata; Provincia de Buenos Aires)  
<http://cuadernos.bioetica.org/dictamen9.htm>

<sup>80</sup> DILASCIO, Alberto “El Consentimiento en los Delitos contra las Personas. Cuestiones Médico Legales” Actas de las Cuartas Jornadas Médico Legales y Criminológicas Tucumán 1968, pág 409 yss.

<sup>81</sup> Blanco, Luis, informe para el ”Comité Hospitalario de Etica del Hospital de Clínicas “José de San Martín Facultad de Medicina, U.B.A. Ligadura de Trompas de Falopio. Aspectos jurídicos (setiembre 4 de 2.000)

<sup>82</sup> BLANCO, Luis; informe citado.

<sup>83</sup> Conclusión n° 11 de la Comisión II, II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs As, 1991

<sup>84</sup> M.L.A. de A. s/autorización. Juzgado en lo Criminal N° 3 de Mar del Plata, 12/8/91, en “Jurisprudencia Argentina”, Bs. As., 1992, IV.

<sup>85</sup> Paula Siverino Bavio “Algunas cuestiones éticas y legales sobre la anencefalia” - Revista electrónica de derechos existenciales “Persona” disponible desde <http://revistapersona.4t.com/19Bavio.htm> La autora analiza los pedidos de autorización judicial en caso de anencefalia pero muchas de sus observaciones son aplicables a este trabajo.

<sup>86</sup> BRUSSINO, Silvia “Esterilización quirúrgica y derechos reproductivos” ponencia presentada en el II Congreso Latinoamericano de Derecho Médico, Santa Fe 8 al 11 de octubre de 2001.

<sup>87</sup> En este fundamento se basó la negativa a realizar la esterilización quirúrgica en el caso Hospital San Roque de Paraná Juzg. 1° Instancia en lo correccional N° 1 Paraná, 29 de noviembre de 1996. E, N.B. c/Hospital San Roque y/o Estado Provincial. Acción de Amparo. Publicado en Cuadernos de Bioética, sección jurisprudencia. Disponible en: <http://cuadernos.bioetica.org/fallos2.htm>

<sup>88</sup> BRUSSINO, Silvia “Esterilización quirúrgica y derechos reproductivos” ponencia presentada en el II Congreso Latinoamericano de Derecho Médico, Santa Fe 8 al 11 de octubre de 2001.

<sup>89</sup> Marcos A. Barceló. “Ligadura de rompas, autorización judicial y prejuicios morales” Zeus, 5 de abril de 2001, página 2

<sup>90</sup> María Susana Ciruzzi “La ligadura tubaria como práctica médica y su inserción en el derecho penal” ponencia presentada en las 1° JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO, Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000, disponible en <http://www.aaba.org.ar/>

<sup>92</sup> GHERARDI Carlos y GHERARDI Natalia. La medicina defensiva: un problema social. en SOROKIN Coord. Bioética: entre utopías y desarraigos. Bs As, Ad Hoc, 2002, p.515

<sup>94</sup> así desde la profusión de análisis, estudios muchas veces innecesarios, que debieran ser suplidos por una correcta evaluación clínica; el abstenerse de tomar decisiones de tipo quirúrgicas o implementar terapéuticas que podrían beneficiar al paciente pero que tienen un alto componente de riesgo o de incertidumbre; el exceso o encarnizamiento terapéutico por temor a ser acusado de abandono de persona, etc

<sup>95</sup> MAGLIO, Ignacio, Guías de buena practica legal en VIH/SIDA. Bs. As., Arkhetypo, 2001

---

<sup>97</sup> Definiendo “paternalismo” como la imposición intencional a una persona de una conducta determinada, por sobre sus elecciones y preferencias, siendo que quien interfiere con los deseos o preferencias de ella, justifica su accionar en la inteligencia que la meta es beneficiar o evitar el daño que esa persona se causaría a si misma de seguir su preferencia o elección. BEAUCHAMP y CHILDRENS, Principles of biomedical ethics, 4th ed. New York, Oxford University Press, 1994 p. 247 Se presenta bajo sus formas fuerte o débil, y como a) limitación intencionada de la autonomía de una persona por parte de otra, b) cuando la persona que limita la autonomía apela exclusivamente a motivos de beneficencia hacia la persona cuya autonomía está limitada. BEAUCHAMP, Tom; Mc CULLOGH; Laurence, *Ética Médica*. Madrid, Labor Universitaria, 1984. Pág 31

<sup>98</sup> “no se nos escapa un dato sociológico fundamental, TS y BA, debieron ventilar su dignidad frente a la jurisdicción constitucional, por la sencilla razón de no contar con los recursos económicos suficientes para acceder al sistema privado de salud. Ese motivo debieron inexorablemente recalar en el sistema público, y con motivo del incumplimiento de la obligación propia de la profesión por parte de los servicios médicos, solicitar autorización a la jurisdicción constitucional para que ... lleven a cabo una prestación que no necesita ninguna clase de autorización y que además realizan en grandes cantidades todos los días” GIL DOMINGUEZ, Andrés La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y el parto inducido de una vida humana en formación : de cuando las convicciones personales se imponen a los valores constitucionales en el ejercicio de la jurisdicción constitucional ; nota a fallo, LLBA 2001 p 1293 – 98

<sup>99</sup> Bidart Campos, “tutela médica del estado providente y la privacidad matrimonial” E.D. t 145, Pág. 440 Nota a fallo: Juzg. N° 3 en lo criminal de Mar del Plata, 12 de agosto de 1991, M. L. A. de A Sentencia del Dr. Pedro Hoofft.

<sup>100</sup> Si bien como señala Mainetti, del modelo fiduciario se ha pasado bruscamente al modelo contractual de la RMP, una negociación de deberes y derechos civiles basado en la autonomía de las partes y que promueve la introducción en la medicina del paciente como agente moral, la demanda por malpráctica médica es en cierto modo resultante de la medicalización de la sociedad y de la deshumanización profesional ; la juridización de la RMP genera la “ medicina defensiva” una forma de malpráctica moral. MAINETTI, José A. (h), *Bioética Ilustrada*. La Plata,. Quirón, 1994.p.87

<sup>101</sup> Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales – Manuel Ossorio. Editorial Heliasta. 22ª edición, 1995, Pág. 112

<sup>102</sup> enfermedad renal

<sup>103</sup> CIFUENTES, Santos. Op. Cit

<sup>104</sup> Si la paciente se negara a que se le efectúe la LT, corresponde admitir su criterio, dado que el médico está obligado a “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse” (art. 19, inc. 3º, ley 17.132). Y la paciente debe “firmar la historia clínica, y el alta voluntaria, si correspondiere, en los casos de no aceptación de las indicaciones diagnóstico-terapéuticas” (art. 6, inc. b., ley 153 Cd. Aut. Bs. As.).Ib. nota 32

<sup>105</sup> Luis Guillermo Blanco, “Esterilización de adultos capaces”, ED. T 161 – pág. 215

<sup>106</sup> Dictamen: Consulta para efectuar una lisis tubaria. Comité de Bioética del Hospital “J. B. Iturraspe” de la ciudad de Santa Fe, 6 de enero de 1998. Disponible en revista electrónica “Cuadernos de Bioética”, sección DICTÁMENES BIOÉTICOS, <http://cuadernos.bioetica.org/dictamen1.htm>. Otros Comités de Bioética optaron por la misma solución, pero al respecto dictámenes en: Comité Hospitalario de Bioética del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) Eva Perón (San Martín - Argentina) Disponibles en : <http://www.comite.bioetica.org/dcitlisis.htm> Allí se encontrarán varios dictámenes al respecto. En el mismo sentido lo afirma el Diputado Crossetti en la versión taquigráfica que se adjunta en el anexo

<sup>107</sup> Así, Juzgado de 1º Instancia civil y comercial N° 5, Lomas de Zamora, 25 de abril de 1994, R. de G., G y otro s/ venia judicial. E.D. T. 161, Pág. 205 “*Que en el sub lite el pedido que se formula excede el marco de competencia de la suscripta y reiterando conceptos vertidos anteriormente de ser terapéutica la intervención quirúrgica, el método actuante debe llevarla a cabo sin autorización judicial alguna. Que por las razones apuntadas; fallo: rechazando in limine la petición formulada...*”

---

<sup>108</sup> “R. De G., G. y otro s/venia judicial. Juzgado en lo Civ. y Com. Lomas de Zamora, Nro. 5, 25/4/94, en “El Derecho”, Bs. As., 161-204.

<sup>109</sup> Mamani Puita E. s/ acción de amparo. Juzgado de Garantía N° 1 Departamental, Causa 5362, Mar del Plata, 28/1/00. Citado por Rodríguez A., en “Autorización judicial solicitada para la ligadura tubaria bilateral. Acerca de dos fallos ya no tan polémicos”. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, p. 253, año VI, Nro. 10. Ed. Ad Hoc, 2.000.

<sup>110</sup> “...no corresponde el sometimiento de la presente cuestión al tribunal por cuanto ella resulta privativa del criterio médico y sus fundamentos científicos con exclusividad. En síntesis, si el médico lo estima aconsejable y el enfermo presta su conformidad, no existen motivos para solicitar lo que la ley no exige.”(...)“...para la realización de una operación mutilante no corresponde requerir del juez una autorización que la ley no exige, por cuanto dicha operación resulta privativa del criterio médico y de sus fundamentos científicos con exclusividad y basta la conformidad por escrito del enfermo; ello de acuerdo al art. 19 inc. 3 de la ley 17.132” E.D. 130 – pág. 523. Juzgado de 1° Instancia civil Capital N° 1 octubre 12, 1988. Caso: Lucero de Gallardo, Mirta. En el presente caso, el motivo del pedido invocado fue que la actora padecía infección renal recurrente y que el uso de anticonceptivos está contraindicado en su caso, así como un nuevo embarazo.

<sup>111</sup> Juzg. Crim. Corr. Transición Mar del Plata N° 1, 5/3/99, G., L. M.; ídem sentencia 6/12/99, etc.) “También se ha sostenido que “no corresponde al juez otorgar tal autorización ya que la autonomía de la voluntad se maneja dentro del ámbito privado y no en el de la Justicia; tratándose de una persona mayor, en uso pleno de sus facultades, sólo ella puede consentir una intervención sobre su propio cuerpo”.

<sup>112</sup> Juzg. Crim y Corr. N° 3 , Mar del Plata, 23 de agosto de 1996; LLBA; 1997 Pág. 660 con nota de Roberto Andorno

<sup>113</sup> "P R c/ G.C.B.A. s/ Acción Meramente Declarativa (Art. 277 C.C.A. y T)"Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Causa N° 944/2001, 30 de marzo de 2001. Disponible en “Diario Judicial” del día martes 15 de Junio de 2004 - <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=3219#> “En tales términos, si bien es cierto que la ley 17.132, que regula las profesiones médicas en el orden nacional, establece la prohibición para la práctica de las intervenciones quirúrgicas que impliquen esterilización, no lo es menos que se exceptúan los casos en que exista una clara indicación terapéutica que justifique tales operaciones, concepto este último que debe ser entendido en un sentido amplio e incluso con finalidad preventiva.(...)Que, a su vez, cabe considerar de "carácter terapéutico", en los términos del art. 20 inc. 18 de la citada ley, a toda intervención médica destinada a favorecer la calidad de vida de la persona involucrada, ante la inexistencia de otras medidas igualmente idóneas para alcanzar tal finalidad.”

<sup>114</sup> Juzg.Crim.Corr.Transición Mar del Plata N° 1, 5/3/99, G.,L.M.; ídem sentencia 6/12/99, ídem. sentencia del 3/2/1999 (ésta última en J.A. 1999 – III- Pág. 357con nota de Eduardo Tinant)

<sup>115</sup> Organización Mundial de la Salud. En “Esterilización femenina. Guía para la prestación de servicios”. Ed. O.M.S. Ginebra, 1993, pag.13

<sup>116</sup> Organización Mundial de la Salud. En “Esterilización femenina. Guía para la prestación de servicios”. Ed. O.M.S. Ginebra, 1993, pag. 73.

<sup>117</sup> Dr. José Mainetti. “Ética de la vida y vida de la ética en el fin de siglo”. Fundación Mainetti. La Plata. Buenos Aires.

<sup>118</sup> Hoofft Pedro F. Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos. Buenos Aires, pag. 6. Ed. Depalma; 1999.

<sup>119</sup> Blanco Luis, Esterilización terapéutica de adultos capaces, en “El Derecho”, Bs. As. t. 161, pag. 210.

<sup>120</sup> Dictamen: TEMA: Ligadura tubárica. Comité de ética del Hospital Eva Perón de San Martín, Pcia. de Buenos Aires. 16 de abril de 2001 <http://cuadernos.bioetica.org/dictamen12.htm>

<sup>121</sup> Juzgado criminal y correccional de transición n 1 de Mar del Plata, 3 de febrero de 1999. Jurisprudencia Argentina Tomo 1999 III, Pág. 357

---

<sup>122</sup> Un excelente análisis sobre este aspecto, el cual me sirvió de base para realizar un enfoque del mismo lo realiza Siverino Bavio Paula, en: “Ligadura de Trompas: ¿delito o derecho?” Revista persona: Revista electrónica de derechos existenciales N° 1 Número 1, Noviembre del 2001 Disponible en: <http://revistapersona.com.ar/ligadurasiverino.htm>

<sup>123</sup> LUNA : Florencia y SALLES ; Arleens, “ Decisiones de Vida y Muerte” , pág. 42. Ed. Sudamericana , 1995.

<sup>124</sup> GRACIA, Diego. “Etica médica” de BEAUCHAMP, Tom ; Mc CULLOGH ; Laurence ; “ Etica Médica”. Ed. Labor Universitaria, 1984., op cit. . Prólogo a la edición castellana

<sup>125</sup> BEAUCHAMP, Tom ; Mc CULLOGH ; Laurence ; “ Etica Médica”. Pág 31 y ss. Ed. Labor Universitaria, 1984.

<sup>126</sup> BEAUCHAMP, Tom ; Mc CULLOGH ; Laurence ; “ Etica Médica”. Pág 31 y ss. Ed. Labor Universitaria, 1984.

<sup>127</sup> Ibidem , pág. 103.

<sup>128</sup> LOPEZ AZPITARTE, Eduardo. “Los Hospitales: la técnica frente al humanismo” Jurisprudencia Argentina, Octubre 28, 1998 n° 6113. Pág. 44.

<sup>129</sup> Citado por KRAUT , Alfredo “Los Derechos de los Pacientes” Ed Abeledo Perrot pag.69

<sup>130</sup> VEATCH, Robert “ Modelos para una medicina ética revolucionaria” “An ethical Framework for Hospital Ethical Comittes” en Contemporary Issues on Bioethic, comp. Beauchamp & Walters. Walswoth Publishing Company, California, 1982.

<sup>131</sup> es clásica la cita al caso resuelto en 1976 con el comentario aprobatorio del Dr. Guastavino

<sup>132</sup> CSJN; “Bazterrica, Gustavo “sentencia del 29 de Agosto de 1986; publicado en LL 1986-D, pág. 547 y ss.

<sup>133</sup> CSJN; “Portillo, Alfredo” sentencia del 18 de abril de 1989; publicado en LL,1989 -C, pág. 401 y ss.

<sup>134</sup> CSJN Fallos 306 :1892

<sup>135</sup> CSJN, “Bahamondez, Marcelo” sentencia de abril, 1993; publicado en LL 1993-D, pág. 130 y ss.

<sup>136</sup> Claramente en este sentido el fallo “T.S” CSJN, marzo de 2001 cfr. fundamentos del Superior Tribunal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

<sup>137</sup> BIDART CAMPOS, Germán. “Derechos y valores convergentes en la objeción de conciencia a la transfusión de sangre” ED del 25/10/95.

<sup>138</sup> BERTOLDI DE FORUCADE, Ma. Virginia; Ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil “Manifestaciones del derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo: en relación a salud reproductiva, enfermedades terminales y clonación.”

<sup>139</sup> LORENZETTI, Ricardo “Responsabilidad Civil de los médicos “ Ed Rubinzal-Culzoni .1997

<sup>140</sup> Juan C. Vega y Marisa A. Graham, Jerarquía constitucional de los tratados internacionales, Astrea, 1996).

<sup>141</sup> BIDART CAMPOS, Germán. “Derecho Constitucional Argentino” T I pág. 371.

<sup>142</sup> CSJN ; publicado en JA 1977 -I- 265)

<sup>143</sup> BERTOLDI DE FORUCADE, Ma. Virginia; Ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil “Manifestaciones del derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo: en relación a salud reproductiva, enfermedades terminales y clonación.”

---

<sup>144</sup> En esta dirección, un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, en un caso que solicitaba la venia judicial para la realización de una “ligadura de trompas”, resolvió: “...en este marco legal deviene inobjetable la decisión libre de la actora, de consuno con su compañero –padre de cinco de sus seis hijos y del próximo a nacer-, de optar por no tener más descendencia; determinación que, además de verse jurídicamente amparada en la normativa señalada, queda resguardada en el ámbito de privacidad previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional, toda vez que de ningún modo es susceptible de ofender el orden y la moral pública, ni perjudicar a un tercero; dentro del pleno ejercicio de la libertad allí consagrada, se ubica la posibilidad de elección del método concreto a utilizar con la finalidad de materializar la decisión adoptada y la de escoger, si así lo quieren, el de la ligadura de las trompas de Falopio o ligadura de tubaria bilateral...”. Y en otro tramo “... de lo cual se deduce clara e inequívocamente la absoluta desconsideración de la libre determinación autorreferente de la interesada, que ha decidido no tener más descendencia después del nacimiento de su séptimo hijo y previo haber sufrido dos abortos espontáneos de otros tantos embarazos, pretendiendo imponer a ésta por sobre su voluntad autodeterminada, nada más ni nada menos que un canon moral ajeno, interfiriendo indebidamente en el ejercicio de la libertad personalísima de decidir acerca de la planificación familiar y cómo llevarla a cabo...”.

<sup>145</sup> BIDART CAMPOS, Germán. “La tutela médica del Estado providente y la privacidad matrimonial” ED 145- 439.

<sup>146</sup> BLANCO, Luis, *ibídem*.

<sup>147</sup> BIDART CAMPOS: Op. Cit.

<sup>148</sup> BLANCO Luis G, Informe al Comité de Ética del hospital de Clínicas, ver nota 32.

<sup>149</sup> Como hace con firmes argumentos, entre otros, Luis BLANCO en: Autonomía personal, esterilización electiva y planificación familiar. Derecho de familia. 15, 1999: 137-184

<sup>150</sup> <http://cuadernos.bioetica.org/dictamen1.htm>

<sup>151</sup> <http://cuadernos.bioetica.org/dictamen3.htm>

<sup>152</sup> <http://cuadernos.bioetica.org/dictamen12.htm>

<sup>153</sup> la Ley Provincial N° 12391 en su artículo 7 enuncia las funciones del Comité y al respecto establece que las mismas son de carácter:

- a) Educativas: promover el estudio, la capacitación y docencia de recursos humanos en los temas y perspectivas que comprenden a la Bioética Médica debiendo difundir sus conclusiones y dictámenes, las que serán archivadas en la Institución y remitidas sus copias al Registro creado por el artículo 3 de la presente ley, para la conformación de un archivo de antecedentes y material de consulta permanente.
- b) Consultivas: dictaminar en consulta no vinculante, a requerimiento de los profesionales de la salud, como del personal administrativo, paciente y familiares en cuestiones de conflictos éticos vinculados a la vida, la muerte, la enfermedad, la práctica médica y la estructura social.
- c) Normativas: a partir de la reflexión sobre conflictos éticos surgidos en la relación clínica, elaborará pautas normativas reguladoras de determinados aspectos de la relación de los miembros del hospital, con el paciente, familiares y con la administración del mismo hospital, tendiendo a mejorar la calidad de la atención. Las recomendaciones del Comité serán de carácter no vinculante.

**ANEXO**

**(Consultar versión impresa)**

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina:

- **Adorno, Roberto**

"Que debe entenderse por indicacion terapeutica para una esterilizacion?"  
La ley Buenos Aires, 1997 pag. 659. Nota a Fallo Juzgado Criminal y Correccional N 3 de Mar del Plata, 23 de agosto de 1996
- **Arrebere, Roberto**

"Los actos de disposición del propio cuerpo y la planificación familiar"  
Ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires 20 al 24 de septiembre de 2001.
- **Albanese Susana**

"La autorizacion judicial para una intervencion quirurgica frente a una situacion limite" La ley tomo 1999 - E, pag. 565. Nota a fallo Jugado Criminal N 3 Mar del plata. 12 de agosto de 1991
- **Bavio, Paula Siverino**

"Algunas cuestiones éticas y legales sobre la anencefalia" - Revista electrónica de derechos existenciales "Persona" disponible desde  
<http://revistapersona.4t.com/19Bavio.htm>
- **Bertoldo de Forucade, Ma. Virginia**

"Manifestaciones del derecho personalísimo a disponer del propio cuerpo: en relación a salud reproductiva, enfermedades terminales y clonación." Ponencia presentada en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil
- **Bidart Campos German**

"Tutela medica del estado providente y la privacidad matrimonial"  
El Derecho, Tomo 145, pag. 440. Nota a fallo Jugado Criminal N 3 Mar del plata. 12 de agosto de 1991  
"Derecho constitucional". Buenos Aires, Ediar, 1995;  
"La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático". El Derecho 8894, 165-360, 11-12-1995;  
"Intimidad y autonomía de la voluntad en el derecho de familia: ¿para qué, hasta dónde, con qué alcance?" Derecho de familia 15, 1999: 9-30
- **Barcelo, Marcos**

"Ligadura de trompas, autorizacion judicial y prejuicios morales"  
Zeus, boletin 6652 y 6653 del 4 y 5 de abril de 2001, pag. 2

- **BRUSSINO, Silvia**  
 “Esterilización quirúrgica y derechos reproductivos”  
 ponencia presentada en el II Congreso Latinoamericano de Derecho Médico,  
 Santa Fe 8 al 11 de octubre de 2001.
- **Barcia Claudia.**  
 "Ligadura de trompas de falopio: un derecho o un permiso?" ponencia nº 28  
 presentada en las 1º JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO.  
 Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. Facultad de Derecho y Ciencias  
 Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Organizadas por: Cátedra UNESCO  
 de Bioética (Universidad de Buenos Aires) y Asociación de Abogados de  
 Buenos Aires. Disponible desde: <http://www.aaba.org.ar/>
- **Blanco, Luis Guillermo**  
 "Esterilización terapéutica en adultos capaces"  
 El derecho, tomo 161, pag. 204. Nota a Fallo: Juzgado de 1 Instancia Civil y  
 comercial N 5 Lomas de Zamora, 25 de abril de 1994 en autos " R. de G G. y  
 otro s/ venia judicial"  
 “Autonomía personal, esterilización electiva y planificación familiar”.  
 Derecho de familia. 15, 1999
- **Bustamante Alsina, Jorge**  
 “Las nuevas tecnologías biomédicas frente a la ética y el derecho” La Ley.  
 Sección doctrina. T 1996 C Pág. 1015  
 “La voluntad de cada uno es el sólo árbitro para decidir una intervención en su  
 propio cuerpo” Nota a Fallo. La Ley. Sección doctrina. T 1991 B Pág. 363
- **Cecchetto Sergio**  
 "Vasectomía: motivaciones históricas y cuestionamientos morales"  
 Cuadernos de Bioética. Sección Doctrina.  
 Disponible desde: <http://cuadernos.bioetica.org/doctrina13.htm>  
 “Bioética, salud reproductiva y derechos humanos”  
 Jurisprudencia Argentina Tomo 1999 - IV, pag. 878
- **Carnota Walter**  
 “Proyecciones del derecho humano a la salud” El derecho T 128 Pág. 877
- **Creus, Carlos**  
 Derecho Penal Parte Especial Tomo I, 6º edición 2º reimpresión 1999 Editorial  
 Astrea
- **Ciruzzi, María Susana**

“La ligadura tubaria como práctica médica y su inserción en el derecho penal” ponencia n° 34 presentada en las 1° JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Organizadas por: Cátedra UNESCO de Bioética (Universidad de Buenos Aires) y Asociación de Abogados de Buenos Aires. Disponible desde: <http://www.aaba.org.ar/>

▪ **Cifuentes, Santos**

“Derechos personalísimos”, 2da. Edición, Astrea, Buenos Aires

▪ **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales** – Manuel Ossorio. Editorial Heliasta. 22ª

▪ **Hoof, Pedro F.**

"Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos"

Buenos Aires, ed. De Palma, 1999

“Bioética y derecho” El derecho T 132. Pág. 877

“El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica: Perspectivas Bioéticas jurídicas” Jurisprudencia Argentina - Número especial sobre Bioética. Bs As. 1° de noviembre de 2000, N° 6218. Director Alejandro Tuzino. Coordinador. Pedro Hoof.

▪ **Lorenzetti, Ricardo Luis**

“Derecho a rechazar tratamientos médicos y derecho a morir, en la reforma del Código Civil”, Jurisprudencia Argentina, 1994 - II – 844

▪ **Mainetti, José A. (h),**

“Bioética Ilustrada” La Plata, Quirón, 1994.p.87

▪ **Martínez María Paola**

"Esterilización quirúrgica de mujer capaz: los alcances de la indicación terapéutica" Ponencia N° 31 presentada en las 1° JORNADAS NACIONALES de BIOÉTICA y DERECHO. Buenos Aires, 22 y 23 de agosto de 2000. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Organizadas por: Cátedra UNESCO de Bioética (Universidad de Buenos Aires) y Asociación de Abogados de Buenos Aires. Disponible desde: <http://www.aaba.org.ar/>

▪ **Mendoza, Arsenio.**

"Planificación familiar y Constitución Nacional" Comentario a Fallo "EN.B c/ Hospital San Roque y/o Secretaría de Salud y/o estado provincial. Acción de Amparo. 29 de noviembre de 1996. Disponible desde:

<http://cuadernos.bioetica.org/comentarios2.htm>

- **Sarmiento Medina, Pedro José**  
 “Mutilación corporal: única salida ética?”  
 Refutación a la sugerencia de Sergio Ceccheto en “Vasectomía: Motivaciones Históricas Y Cuestionamientos Morales” Cuadernos de Bioética. Sección Doctrina. Disponible desde: <http://cuadernos.bioetica.org/doctrina34.htm>
- **Tinant, Eduardo L.**  
 "Salud, privacidad y acceso a la jurisdicción, soportes de tres derechos constitucionales y - a la vez- de los principios bioéticos y de los valores cimeros de la vida, la dignidad y la libertad humana"  
 (Jurisprudencia Argentina) Tomo 1999 - III, pag. 363. Nota a fallo Juzgado Criminal y Correccional n 1 transición Mar del Plata, 3 de febrero de 1999
- **Sagüez, Nestor Pedro** “Elementos de derecho constitucional” Tomo 2, 3ª edición, 1ª reimpresión  
 “Derecho constitucional a no curarse” Nota a fallo caso Bahamondez. La Ley. T 1993 D Pág. 126
- **Sanchez, Osvaldo.**  
 “Consentimiento Informado” Zeus, 9 de mayo de 2001. Pág. 2  
 “El consentimiento Informado: Un anticuerpo de la medicina” Zeus, T66. Sección Doctrina, Pág. 151
- **Rodríguez A.,** en “Autorización judicial solicitada para la ligadura tubaria bilateral. Acerca de dos fallos ya no tan polémicos”. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, p. 253, año VI, Nro. 10. Ed. Ad Hoc, 2.000.
- **Zafaroni Raúl.** Consentimiento y lesión quirúrgica. Doctrina Judicial, Tomo 1973, Pág. 381

### **Fallos Judiciales:**

- Cámara 1 civil y Comercial de **la Plata**, Sala III, del 18 de noviembre de 1997. La ley Buenos Aires, 1998, pag. 986
- Juzgado criminal y correccional de transición n 1 de **Mar del Plata**, 3 de febrero de 1999. Jurisprudencia Argentina Tomo 1999 III, Pág. 357
- Juzgado criminal y correccional de transición n 1 de **Mar del Plata**, 5 de marzo de 1999. La ley Buenos Aires, 1999, Pág. 1035
- Juzgado Civil y Comercial de Olavarría N° 2 AUTOS: "S.L.GS/ AUTORIZACION PARA INTERVENCION QUIRURGICA". EXPTE. N°: 18038, OLAVARRIA, 25 de Marzo de 2002. Disponible desde:  
<http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=3241>
- Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 4 de la Ciudad de Buenos Aires "P R c/ G.C.B.A. s/ Acción Meramente Declarativa (Art. 277 C.C.A. y T)" Causa N° 944/2001. Disponible desde  
<http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=3219#>
- Derecho a la reproducción. Nota en Diario Judicial.com. del día 26 de diciembre de 2001. Disponible desde:  
<http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=3932>
- Juzgado de 1 Instancia en lo Correccions N 1 Parana, 26 de Noviembre 1996. "EN.B c/ Hospital San Roque y/o Secretaria de Salud y/o estado provincial. Accion de Amparo. 29 de noviembre de 1996. Publicado en Cuadernos de Bioética. Sección Jurisprudencia. Disponible desde:  
<http://cuadernos.bioetica.org/fallos2.htm>
- Superior Tribunal de Justicia de Entre Rios. Sala n 1 en lo Penal, Entre Rios, 9 de diciembre de 1996 "EN.B c/ Hospital San Roque y/o Secretaria de Salud y/o estado provincial. Accion de Amparo. 29 de noviembre de 1996. Publicado en Cuadernos de Bioética. Sección Jurisprudencia. Disponible desde:  
<http://cuadernos.bioetica.org/fallos3.htm>

### **Dictamen:**

Consulta para efectuar una lisis tubaria. Comité de Bioética del Hospital "J. B. Iturraspe" de la ciudad de Santa Fe, 6 de enero de 1998. Disponible en revista electrónica "Cuadernos de Bioética", sección DICTÁMENES BIOÉTICOS,  
<http://cuadernos.bioetica.org/dictamen1.htm>.