Globethics Repository



Bioetica y derecho [Bioethics and right]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	Hooft, Pedro Federico
Publisher	Universidad Militar Nueva Granada
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-08 19:38:39
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/214914

BIOETICA Y DERECHO. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.[1]

Pedro Federico Hooft [2]
Colaboradora: Geraldina J. Picardi[3]

1.- Bioética y Derecho

Van Rensselaer Potter, reconocido humanista, doctor en bioquímica y oncólogo norteamericano de la Universidad de Wisconsin, Madison, Estados Unidos –fallecido a los 90 años de edad, en septiembre de 2001- es considerado el *"padre de la Bioética".* Precisamente en el año 1971 publicó un libro bajo el título *Bioethics. Bridge to the Future*, de manera que la Bioética desde sus orígenes se presenta como una interdisciplina tendiente a construir un *puente hacia el futuro*, contribuyendo a promover un nuevo diálogo entre dos culturas que parecían incapaces de comunicarse entre sí, ciencias y humanidades.

Respecto de una conceptualización de la Bioética, resulta sumamente ilustrativa la brindada por el maestro Francesc Abel i Fabre: *"La Bioética es el estudio interdisciplinar (transdisciplinar) orientado a la toma de decisiones éticas de los problemas planteados a los diferentes sistemas éticos, por los progresos médicos y biológicos, en el ámbito microsocial y macrosoacil, micro y macroeconómico, y su repercusión en la sociedad y su sistema de valores, tanto en el presente como en el futuro"*[4]*.* Veamos

---

[1] Para una visión más abarcativa del tema, y en particular en lo relativo a la articulación entre Bioética y Derechos Humanos y su proyección en la jurisprudencia, puede consultarse: *Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*, -Colaboradores: Geraldina J. Picardi, Ricardo Gutiérrez, Lynette Hooft-, Editorial Temis, Bogotá, 2005, y de igual autoría: *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999 (2da. Edición, Editorial Lexis Nexis – Depalma, Buenos Aires, 2004)

[2] Pedro Federico Hooft. Graduado en Derecho y en Filosofía, y Postgraduado como Especialista en Bioética. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Bioética. Miembro del Comité Internacional de Bioética OPS/OMS y Asesor de la Red Latinoamericana de la UNESCO. Juez en el Fuero Penal en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires, República Argentina. Profesor Titular de Filosofía del Derecho e Investigador de la Universidad Nacional de Mar del Plata y docente de cursos de postgrado en distintas universidades del país y del exterior.

[3] Graduada en derecho, docente adscripta a la Cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Secretaria del Juzgado del Fuero Penal a cargo del autor de esta nota y estudiante de Filosofía, Facultad de Humanidades, Universidad Nacional de Mar del Plata.

[4] Francesc Abel i Fabre, *Bioética: orígenes, presente y futuro*, Instituto Borja de Bioética. Fundación Mapfre de Medicina, Madrid, 2001, ps. 5/6.

un muy somero análisis del contenido de esta definición conceptual, retomando de la misma algunos de los contenidos estimados como absolutamente esenciales para la Bioética. Habla del autor de "*Estudio interdisciplinar":* ello implica la necesidad del abordaje interdisciplinario, en el planteo y resolución de los problemas bioéticos, y que requiere de un *constante diálogo de las distintas disciplinas* aquí convocadas, ética, filosofía, teología, ciencias de la salud, y derecho... *"En el ámbito microsocial y macrosocial, micro y macroeconómico"*: esta expresión da cuenta de la vastedad de los problemas comprendidos en el campo interdisciplinario de la Bioética, con particular relación a los vertiginosos avances en el campo de la medicina generados a partir de los desarrollos científicos-tecnológicos, sin que ello implique dejar de lado los problemas *permanentes* de la Bioética, vinculados con la conceptualización de la atención sanitaria como valor y derecho fundamental, jurídicamente tutelado. Comprende en consecuencia no sólo ya la tradicional relación médico-paciente (o paciente-médico), sino que sus nuevos horizontes se ven ahora significativamente ampliados. ... *"Su repercusión en la sociedad y su sistema de valores":* la salud y calidad de vida ha de ser enfocada en su doble dimensión, como valor y derecho individual clásico, pero al mismo tiempo, contemplando su dimensión y proyección social. Una orientación *unidireccional* o *reduccionista* de la tecnociencia, nos coloca frente al riesgo de convertir al propio ser humano en *objeto de dominio*, *"víctima"* de una "razón instrumental" al servicio del poder, y no como *sujeto* del proceso de humanización. La referencia al *"Presente y futuro"* plantea la necesidad de profundizar estas cuestiones a la luz de una *ética de la responsabilidad* en orden a las posibilidades de supervivencia de la especie humana, de cara a los graves problemas ecológicos por todos conocidos, que hace que vivamos en una *sociedad de riesgo*, en palabras de Ulrich Beck[5].

En sus comienzos, la Bioética estuvo muy estrechamente relacionada con el desarrollo de las nuevas tecnologías médicas (trasplantes de órganos, unidades de terapia intensiva, encarnizamiento terapéutico, muerte digna, más tarde la reproducción humana asistida...), pero pronto se advirtió la necesidad de establecer a su vez -como ya señaláramos- un puente entre la -Bioética médica- y la ética ambiental dentro de un concepto de "Bioética global", que lleva a plantear los problemas vinculados con la supervivencia humana, y donde los interrogantes

[5] *La sociedad de riesgo*, trad. Navarro, Jorge y otro, Barcelona, Editorial Paidós, 1998). El tema de la responsabilidad intergeneracional en el contexto de una civilización tecnológica fue ya abordado en su momento por el destacado filósofo Hans Jonas en su afamado libro *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización* tecnológica, Barcelona, Editorial Herder, 1995.

vinculados con los extraordinarios desarrollos de la genética -en el decenio de los noventa- ocupan un lugar relevante. Aquí el reto será entonces, *cómo* utilizar el conocimiento para la *supervivencia de la humanidad* y mejorar la *condición humana*.

Es destacable la visión de Volnei Garrafa[6] cuando señala que como precisamente la Bioética surgió en Estados Unidos y en Europa al inicio del decenio del setenta de la pasada centuria -como forma robustecida de abordar las cuestiones relacionadas con la vida y la muerte de las personas- quedó en principio limitada exclusivamente a las nuevas situaciones del acelerado desarrollo científico y tecnológico, al tiempo que dejó un poco rezagados los problemas éticos y morales que afectan diariamente a la mayoría de las personas en todo el mundo, principalmente a los más necesitados. Pero la Bioética no es simplemente una nueva versión en alta tecnología de la tradicional "ética médica", como muchos -a nuestro juicio, erróneamente- sostienen. El término engloba también una extensa lista de problemas para hombres y mujeres con intereses -distintos pero superpuestos- atinentes a los derechos y obligaciones de los profesionales, de los pacientes y de la sociedad, y que se relacionan con la salud, y de manera muy especial, con todo aquello que atañe a las cuestiones de *equidad en salud*, problemas que el destacado bioeticista de Brasilia engloba bajo el rótulo de *situaciones persistentes*, diferenciando a éstas de los denominados problemas emergentes de la Bioética.

Germán J. Bidart Campos (muy reconocido constitucionalista argentino, con particular proyección en el mundo hispano-hablante) -cuya visión compartimos- señala que es precisamente la interdisciplinariedad de la Bioética con el derecho constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos lo que permite la tarea de recíproca complementación, en la búsqueda de aquel conjunto de condiciones necesarias que convergen a la *dignidad de la persona humana;* afirma también con acierto que "sin una valoración eminente de la persona, de su dignidad, de su centralidad, la Bioética se deshumaniza"[7].

Desde sus propios comienzos, la Bioética se ha caracterizado por sus fuertes y estrechos vínculos con el derecho. El estudio de las interconexiones entre Bioética y Derecho revela que el marco jurídico,

---

[6] "Ética y Salud", en *Memorias de las IV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética*, Editorial Suárez, Mar del Plata, 1998.

[7] Germán J. Bidart Campos, "Por un derecho del bienestar de la persona", en *Memorias de las IV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética*, op.cit.

lejos de presentarse como algo meramente externo a nuestra condición de sujetos de derecho, conforma a la realidad social misma. De allí que donde el derecho "conforma" a la sociedad, nos "conforma" al mismo tiempo como miembros de esa sociedad, ya no como seres de la vida cotidiana sino "juridificados"[8].

En las sociedades actuales, pluralistas y democráticas, la velocidad de los progresos biomédicos, las repercusiones sociales que plantea la atención de la salud, como son la accesibilidad, la justicia y la solidaridad, presentan apasionantes desafíos éticos. Sobre todo porque involucran el concepto mismo de ser humano que tenemos para nosotros mismos y para los demás, nuestro concepto de vida y de muerte, y nuestro criterio y prudencia para que los avances tecnológicos estén orientados al mejoramiento de la calidad de vida y de muerte, priorizando por sobre todo la idea y el valor de la dignidad humana –como individuo y como especie-, no sólo de las generaciones presentes sino también de las futuras, aunado al cuidado y protección del medio ambiente en un momento histórico en el cual los avances científico-tecnológicos ofrecen posibilidades inéditas, desconocidas en períodos históricos anteriores. Es en este nuevo contexto que se ha generado y desarrollado una nueva sensibilidad histórica, una creciente preocupación ética por la calidad de vida, en una inescindible relación con la idea de dignidad humana[9].

En una de las obras "fundacionales" de la Bioética en lengua española, Diego Gracia, al desarrollar sus argumentos relacionados con una "Bioética mínima", plantea las relaciones peculiares entre ética y derecho. A ese respecto observa que si bien ética y derecho "son cosas distintas", se hallan sin embargo "internamente vinculadas". Respecto de la modalidad de dicha vinculación, su propuesta se orienta a respetar la autonomía de cada uno de los dos ámbitos, pero de manera tal "que permita su influencia recíproca: de la ética como instancia crítica del derecho, y el derecho como expresión positiva y práctica de la ética"[10].

No resulta aquí ocioso recordar que en la moderna doctrina del *"consentimiento informado"* convergen claramente, por un lado, un largo

---

[8] (Jan M. N. Broekman, "Definición y contexto legal de la Bioética" en Revista Jurisprudencia Argentina 6113, Special issue on Bioethics, Buenos Aires, 28/10/98,p.4 *seq*. From the same Louvain emeritus professor see *Derecho y Antropología*, traducción de Pilar Burgos Checa, Editorial Civitas, Madrid, 1993).

[9] Javier Gafo, *Diez palabras clave en Bioética*, Tercera Edición, Ed. Verbo Divino, Pamplona, 1997, ps. 11 y ss.; Eduardo López Aspitarte, *Etica y Vida. Desafíos Actuales*, 3ra. Edición, Editorial Paulinas, Madrid, 1990, ps. 5 y ss.

[10] Diego Gracia, *Fundamentos de Bioética*, Editorial Eudema, Madrid, 1989, ps. 576 y ss.

proceso de desarrollo iniciado en el campo del derecho, y por el otro los aportes provenientes desde la reflexión Bioética, ahora con un claro anclaje en el respeto y dignidad personal, concebido entonces el "consentimiento informado", en el sentido de "regla", como expresión del principio bioético de "autonomía" o de "respeto por las personas" en la terminología del "Belmont Report"

2. Principios bioéticos

En 1974, por decisión del Congreso norteamericano, fue creada la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research, a fin de llevar a cabo una completa investigación y estudio tendente a identificar los principios éticos básicos que deberían ser respetados en toda investigación con seres humanos en el área de las ciencias del comportamiento y en la biomedicina. Como fruto de cuatro años de deliberaciones, la Comisión volcó su trabajo interdisciplinario en un informe final que lleva el nombre de su presidente y es conocido como *Belmont Report*.

Los tres principios establecidos por el informe Belmont fueron: *respeto por las personas* (luego traducido como de "autonomía"), *beneficencia y justicia*.

a) *Principio de autonomía personal*. Este principio fue definido así: "El respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección". Por ente autónomo entendía el informe al individuo "capaz de deliberar sobre sus propios objetivos personales y actuar bajo la dirección de esta deliberación". Se dijo allí también que "respetar la autonomía es dar valor a las opiniones y elecciones de las personas así consideradas y abstenerse de obstruir sus acciones, a menos que éstas produzcan claro perjuicio a otros...".

La Bioética, de este modo ha constituido un aporte importante respecto al reconocimiento del paciente como agente moral autónomo, cuya auto-determinación y dignidad inalienable debe ser respetada. A partir de este reconocimiento de la autonomía, como uno de los tres principios rectores de la Bioética (junto con la beneficencia y justicia), se funda lo que hoy día se conoce en doctrina como *regla del consentimiento informado*, acogida no solo en la ley 17.132 (Argentina), sino también por ejemplo en la legislación referida a la oblación y trasplante de órganos (ley 24.193). No obstante la inexistencia de una regulación jurídica de carácter general referida al consentimiento informado, la jurisprudencia ha entendido que

se trata de un principio rector aplicable en todas las relaciones biomédicas. Esta doctrina del consentimiento informado se pone a prueba particularmente ante la negativa del paciente a un tratamiento o internación que pueda poner en peligro inminente su vida[11].

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

Aquí cabe invocar una vez más la autoridad del maestro Germán J. Bidart Campos, cuando afirmara que: *"en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad exige que se respeten las decisiones personales, el propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí, en la medida en que no perjudique a terceros, ni afecte al bien común; la intimidad y privacidad (el right of privacy de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad , de manera que, en nuestra filosofía constitucional, el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad"*[12].

b) *Principio de beneficencia - no maleficencia*. Caro a la tradición médica hipocrática, procura el mayor beneficio para el paciente, atender su "mejor interés", sin ocasionarle daño (*primum non nocere*).

El *bonum facere*, hacer el bien. El Informe Belmont rechaza claramente la idea clásica de la beneficencia como caridad; propone en cambio el

---

[11] Caso Parodi, "Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) s/ presentación", en Pedro Federico Hooft, *Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1999 -2da. Edición 2004-, parte II, cap. V, ps. 217-229.

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

siguiente concepto: “en este sentido, han sido formuladas dos reglas como expresiones complementarias de los actos de beneficencia: 1) no hacer daño; y 2) extremar los posibles beneficios y minimizar los posibles riesgos, sin distinguir aquí entre la no maleficencia (el *primum non nocere*) y la beneficencia propiamente dicha”.

c) *Principio de justicia*, en cuanto a la mejor protección a los valores en juego desde la perspectiva de los derechos de terceros y de la sociedad en su conjunto, y de la posible descendencia[13].

Implica también justicia como “imparcialidad en la distribución” de los riesgos y de los beneficios, o, en otras palabras, se lo puede concebir como aquel que obliga a tratar a los iguales igualitariamente. Otra cuestión directamente vinculada con el principio de justicia se refiere a los criterios éticos en la asignación y distribución de recursos en salud y al reconocimiento de la salud como “derecho humano fundamental”.

Este modo de plantear la Bioética, que luego habría de conocerse como *“modelo de los principios”* o *“principialismo”*, sistematizado poco después por Beauchamp y Childress[14] ha suscitado diversas críticas de modo particular en el ámbito latinoamericano[15]. Sin embargo los “principios bioéticos”, en la medida que su aplicación no sea “absolutizada”, y sean a su vez armonizados y ampliados con otras perspectivas, ofrece un esquema útil para una primera aproximación a los problemas habituales en la atención sanitaria, sin desmedro de la ya mencionada necesaria ampliación de perspectivas.

En este sentido, en el sistema interamericano no cabe prescindir de la prevalencia y prioridad que la Convención Americana sobre Derechos Humanos asigna a la *dignidad de la persona*, como derecho, principio y valor fundante, que necesariamente incluye su dimensión social.

---

[13] Puede verse: Diego Gracia, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, Madrid, Editorial Eudema, 1991)

[14] Ver la última edición del libro *Principles of Bioemedical Ethics*, 5ta. Edición, Oxford University Press.

[15] Puede verse simplemente a título ilustrativo: Alberto G. Bochatey, “Bioética y sociedad en América Latina y el Caribe. Una relectura de los principios en revista Jurisprudencia Argentina, Número Especial Bioética, con la coordinación del autor de este trabajo, Buenos Aires, 28/09/2005, ps. 7/14; Jorge J. Ferrer, “Los principios de la Bioética, en “Bioética. Cuadernos del Programa Regional de Bioética. Volumen 7, OPS/OMS, Santiago, Chile, diciembre, 1998; asimismo múltiples trabajos de Volnei Garrafa, entre ellos, “Crítica bioética de un nacimiento anunciado”, en Revista Latinoamericana de Bioética, número 4, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, enero 2003).

En el ámbito universal, y a título meramente enunciativo cabe recoger algunos de los principios rectores recogidos en el *"draft"* de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005), en lo que atañe al reconocimiento y protección como valores fundamentales a tutelar jurídicamente no sólo la dignidad, sino al mismo tiempo la "identidad personal" que incluye dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales, respeto por los derechos y libertades fundamentales, reconocimiento y protección de la biodiversidad y de los intereses tanto de las presentes como de las futuras generaciones y la prevalencia del bienestar de la persona respeto del sólo interés de la sociedad o de la ciencia, en un contexto de un diálogo multidisciplinario y pluralista, y con particular atención y protección de las personas en situación de particular vulnerabilidad, y con especial énfasis en la idea de responsabilidad social, solidaridad y cooperación.

3.- Conflictos bioéticos y la necesidad de recurrir a una razonada ponderación.

Lo hasta aquí expresado no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos de valores y de derechos, ante lo cual puede resultar inevitable jerarquizar alguno de los principios, valores o derechos en crisis en detrimento de otros, conforme el método de las compensaciones[16], no simplemente a partir de una ponderación en abstracto; sino sopesando cuidadosamente todas las circunstancias particulares de cada caso, más aún ante la complejidad de los problemas bioéticos que se caracterizan por su *carácter dilemático*: ante problemas conflictivos en el área de las ciencias de la vida, muchas veces no resulta posible encontrar la solución deseada, una solución perfecta que permita armonizar todos y cada uno de los derechos, valores y principios eventualmente en colisión, ello obliga a aceptar, en la situación particular –siempre abierto a nuevas reflexiones- y no la inalcanzable *solución* perfecta, sino la menos imperfecta, la menos dañosa.

Particularmente ante *"decisiones únicas en un contexto irrepetible"*, en el marco de una *justicia de protección y acompañamiento,* la ética aplicada –y su correspondiente proyección jurídica-, nos coloca ante una

[16] (Néstor Pedro, Sagües, "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", en revista jurídica "La Ley", Buenos Aires, 8 julio 1995. Asimismo puede verse, Germán J. Bidart Campos, *Casos de Derechos Humanos,* Editorial Ediar, Buenos Aires, 1997, cap.7, "La Constitución, el Juez y el plexo de principios y valores"),

ponderación de valores, en contextos por momentos dramáticos de conflictos entre valores, derechos y principios, que torna prudente recurrir al ya referido "mecanismo de ponderación"[17], lo que obliga a sopesar en situaciones particulares el peso de cada uno con relación al caso concreto, aunque la jerarquización que pueda efectuarse en determinadas circunstancias, no implique un juicio de carácter general.

A ese respecto cabe señalar que *"la jurisdicción es no sólo decir* (el derecho) *sino plena realidad del derecho"*, al tiempo que la jurisdicción se configura como *"nexo entre la abstracción jurídica y la realidad"* con lo cual de cierto modo *"la jurisdicción sintetiza el derecho y los hechos a través de una re-solución"*[18]. Es que al pronunciarse el órgano jurisdiccional mediante la sentencia dictada en un caso de conflicto o colisión de principios, valores y derechos, lleva a cabo una *"hermenéutica de concretización"*, que conduce a una *"síntesis entre caso y sistema"* (jurídico), que obviamente no se reduce a los enunciados normativos sino que comprende, en un amplio sentido, los principios y valores constitucionales[19].

En síntesis entonces, desde la perspectiva de un Estado social y democrático de derecho (o Estado de justicia), con pleno respeto a las libertades y derechos fundamentales, la Bioética debería permanecer alejada tanto de los dogmatismos (visiones absolutistas), como de las posturas escépticas y relativistas, y transitar en cambio, por el camino del diálogo pluralista, preservando siempre los mínimos éticos indispensables, protegiendo valores humanos fundamentales, y el reconocimiento de la dignidad humana.

Por lo demás cabe señalar que en el sistema jurídico institucional argentino el llamado *control de constitucionalidad* -siguiendo el modelo

---

[17] Manuel Atienza, "Juridificar la Bioética", en *Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas Actuales*. AAVV. Rodolfo Vázquez compilador. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1999, ps. 64/91, Néstor Pedro Sagües, "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", en revista jurídica "La Ley", Buenos Aires, 8 julio 1995; Ricardo Luis Lorenzetti, Responsabilidad civil de los médicos, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, ps.171 y ss.

[18] Miguel Angel Ciuro Caldani, *Filosofía de la Jurisdicción,* Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, p.16.

[19] Puede aquí verse, Ricardo L. Lorenzetti, "El juez y las sentencias difíciles. Colisión de derechos, principios y valores", en revista jurídica "La Ley", 1998-A-Sección Doctrina, p.1039; y Néstor Pedro Sagües, "Metodología para la enseñanza de los derechos humanos", en "La Ley", 1995-C-Sección Doctrina, p.920.

norteamericano desarrollado a partir de la sentencia de la Suprema Corte Federal, fundamentada por el Juez Marshal en el caso "Marbury vs. Madison" de 1803- es de carácter "difuso", en el sentido que el mismo es atribución de todo tribunal de justicia que entiende en *casos concretos*, sistema que difiere del llamado "control centralizado de constitucionalidad", como el consagrado, por ejemplo en algunos países europeos, que asignan en forma exclusiva dicha tarea a las Cortes o Tribunales Constitucionales.

4. El consentimiento informado y "casos bioéticos" paradigmáticos.
La *doctrina del consentimiento informado* se presenta como regla derivada del *principio bioético de autonomía* y del principio jurídico constitucional de autodeterminación, en el caso relacionado directamente con el derecho de los pacientes. Justamente ha constituido uno de los aportes significativos de la Bioética la introducción del sujeto moral, que implica considerar y respetar al paciente como agente racional y libre[20].

Esta nueva visión significó un cambio radical en el modo de entender la tradicional relación médico-paciente, hasta entonces signada por un enfoque paternalista, para dar paso ahora a una nueva forma que adquiriría la relación terapéutica, caracterizada por el reconocimiento de una simetría entre el profesional de la salud y el enfermo en el plano de la análoga dignidad personal, no obstante la asimetría que ciertamente existe en el campo del conocimiento. Una directa consecuencia de estas nuevas ideas será entonces reconocerle a ese sujeto moral autónomo –el paciente- el derecho no sólo ya a ser informado, sino a participar en la toma de decisiones relativas a su propia salud.

Cabe definir el consentimiento informado como la adhesión libre y racional del sujeto a un procedimiento del equipo de salud, sea con intención diagnóstica, terapéutica, pronostica o experimental, que incluye competencia (capacidad de comprender y apreciar las propias acciones y la información que se brinda), e información (apropiada, adecuada a la capacidad de comprensión del paciente); ello es un deber a cargo del médico (o equipo de salud) de informar respecto de los riesgos y beneficios del esquema terapéutico o tratamiento propuesto, respetando la libertad del paciente, por ser a éste a quien compete, como individuo autónomo, la decisión final.

El propósito de este trabajo es compartir con el lector diversos supuestos que pueden presentarse en la *doctrina del consentimiento informado*, a

[20] Puede aquí verse: José A. Mainetti, *Bioética Sistemática*, Editorial Quirón, La Plata, 1991.

través del análisis de casos bioéticos presentados por ante el Juzgado a mi cargo. Dicho análisis se circunscribirá aquí en lo sustancial, y en razón del objetivo del trabajo, a los aspectos directamente vinculados con el respeto al principio de autonomía personal, y observancia de la regla bioética y jurídica del consentimiento informado, sin abordar aquí otros aspectos sustanciales materia de decisión en las distintas sentencias judiciales.

Como constante que se ha exteriorizado en los diversos casos judiciales resueltos, ha sido en primer lugar el abordaje interdisciplinario –que ha incluido en casos complejos el requerimiento de un dictamen de un Comité de Bioética, además de los habituales dictámenes periciales médico forense, psiquiátrico, psicológico e informes socioambientales y la realización de una audiencia personal del Juez con la o las personas solicitantes, o sus representantes en su caso-, aunado siempre a la conceptualización de la salud, en su doble dimensión individual y social.

Con una finalidad meramente ilustrativa, que en modo alguno agota la multiplicidad de situaciones, por momentos complejas y *conflictivas* que en la realidad cotidiana suelen presentarse, se hará una sucinta reseña de algunos casos que pueden ser considerados como paradigmáticos.

a) La necesidad de recabar del paciente el consentimiento informado, libre y esclarecido.
La Convención Europea de Bioética consagra en esta materia como regla general los siguientes criterios: a) que una intervención en el campo de la salud solo podrá realizarse después que el paciente haya dado su consentimiento libre e informado; b) que previamente, “la persona concerniente” deberá recibir información apropiada, tanto del propósito y naturaleza de la intervención, como de las consecuencias y posibles riesgos.

*** Solicitudes de autorizaciones judiciales para la práctica de ligaduras tubarias**. En la Argentina la solicitud en los estrados judiciales de autorizaciones para llevar adelante una ligadura tubaria bilateral voluntaria obedece a la existencia de una legislación del decenio del sesenta del siglo pasado, que respondía en estos temas a una orientación que hoy día cabría calificar de paternalista –propio de un modelo médico hegemónico-, pues la ley nacional aún vigente en la República Argentina prohíbe a los profesionales de la medicina realizar intervenciones quirúrgicas que impliquen esterilización, salvo situaciones excepcionales, contempladas en la misma ley y que remiten a una clara y estricta indicación terapéutica, que con un criterio biologicista se relaciona con un órgano afectado. Esta visión “reduccionista, ahora en

contraste con un nuevo paradigma de salud –a partir de la ya clásica definición de la OMS- y con una perspectiva constitucional más atenta a la *dignidad inherente al ser humano*, deberá entonces ser superada en aras de la protección de la salud integral de la mujer.

Luego de un primer caso resuelto en 1991 –sin existir hasta ese momento precedentes judiciales sobre la materia-, en numerosas situaciones planteadas por la vía judicial con posterioridad, se han retomado diversos aspectos relacionados con la autonomía personal y la necesidad del consentimiento informado. Así por ejemplo, en una sentencia judicial "bioética" dictada por el autor en el carácter de Juez se ha destacado: *"Que el consentimiento informado, libre y esclarecido de la amparista respecto de la prestación médica impetrada (regla derivada del principio de autonomía del paciente) recepcionado en nuestro ordenamiento jurídico*[21]*, surge de concordantes constancias del proceso, en particular de la precisa y fundada presentación inicial, certificaciones y claro informe de la perito asistente social de fs. 43/44...*[22]*"*

*** Solicitud de inducción del parto prematuro ante diagnóstico de "anencefalia"** La *anencefalia*, que se traduce en la ausencia de los hemisferios cerebrales, generado a partir de un *"error"* en el desarrollo embrionario que se manifiesta entre el día 17 y 23 de la gestación, y que implica además absoluta incompatibilidad con la vida extrauterina siempre, y con la vida intrauterina en un porcentaje elevado de casos, amen de la afectación grave de la salud integral de la mujer gestante, ha dado motivo a la presentación de acciones constitucionales de amparo, tendientes a obtener autorización judicial para la inducción prematura del parto.

El primer caso, fue resuelto por el autor en diciembre de 1996, y retomado en cuanto a su línea argumentativa, bioética y constitucional en precedentes posteriores, en cuyas sentencias se autorizó expresamente -ante la inexistencia de legislación al respecto-, al equipo médico tratante (generalmente en hospitales públicos), a efectuar la pertinente inducción prematura del parto, o la realización de una microcesárea, conforme al mejor criterio médico. Es de recordar que en enero del año 2001, un caso análogo llegó a conocimiento de la Corte Suprema Federal (el caso "T"), en el cual el Alto Tribunal, por amplia mayoría se expidió en igual sentido.

---

[21] *Véase Augusto Mario Morello, Constitución y proceso. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales, La Plata, Editorial Platense, 1998, p. 89,*

[22] (Caso publicado en *Bioética, Derecho y Ciudadanía...*, op. cit)

Específicamente con relación ahora al tema de la autonomía –o respeto por las personas- y la regla del consentimiento informado, en otro caso judicial reciente, en la sentencia dictada se dijo lo siguiente: *"A fin de garantizar una adecuada y activa participación de la propia amparista en la toma de decisiones, que hacen al respeto de su dignidad personal y salud en sentido integral, se llevó a cabo en la sede del juzgado una entrevista personal con la Sra. ...., en la que además se encontraban presentes su cónyuge y representantes de la Defensoría Oficial General, Asesoría de Incapaces y la Perito Psicóloga. En dicha oportunidad los amparistas ratifican su presentación inicial y brindan su consentimiento informado, libre y esclarecido respecto de la solicitud de inducción anticipada del parto, manifestando haber comprendido adecuadamente toda la información necesaria recibida por parte de sus médicos tratantes, lo cual permite entonces recurrir a la idea de conceptualización de persona, a la que la reconocida filósofa española Adela Cortina define como "interlocutor válido", particularmente cuando la misma toma una decisión única en un contexto irrepetible, en pleno ejercicio de su autonomía, dialógicamente entendida. Es entonces, en este marco que "el paciente es digno de, tiene derecho a ser tratado como un interlocutor válido", situación aplicable a la amparista y su grupo familiar*[23]*, todo lo cual resulta por ende aplicable, prioritariamente a la mujer embarazada (principal protagonista de esta dolorosa historia) pero que por extensión también alcanza a su esposo, en el contexto de una "autonomía dialogada" .* (Sentencia en caso "G", de fecha 30 de noviembre de 2005, firme e inédita)

*** Transexualidad: solicitud de autorización judicial para "cambio de sexo"**. Durante los últimos 20 años, de modo particular en los campos de la psiquiatría, la psicología y la antropología mucho se ha avanzado en cuanto al conocimiento de los denominados *"fenómenos de transexualidad"*. Tales avances en el campo científico, como no podía ser de otra forma se ha traducido también en sucesivos replanteos y nuevos enfoques acerca del tema en el campo jurídico, con *nuevas soluciones* provenientes tanto de reformas legislativas, como a través de desarrollos jurisprudenciales. Resulta en tal sentido particularmente significativa la evolución jurisprudencial en la materia por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde el caso "Rees" (1986), pasando sucesivamente por criterios ampliados en los casos "Cossey" (1990), Causa "B" (1992), Caso "Cristine Goodwin" y Caso "I" (2002), lo cual ha importado una ampliación importante en lo que se refiere a la protección

[23] *Puede verse Adela Cortina, Ética Aplicada y Democracia Radical, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, 3ra. Edición, p.23),*

del ámbito de privacidad de las personas en el campo de conductas autorreferentes[24].

En una reciente sentencia, siempre con relación al tema atinente a la autonomía personal y al consentimiento informado, el autor ha tenido oportunidad de destacar que: ***"****Por su parte, a fs. 44/49 se encuentra incorporado el dictamen psicológico-psiquiátrico practicado en forma conjunta por los Peritos Oficiales Psicóloga y Médico Psiquiatra, en el que se concluye que: "La amparista tiene sus funciones intelectuales, capacidad psíquica y también libertad desde el punto de vista fenomenológico para poder discernir y determinar en tiempo y forma para realizar una intervención quirúrgica que se adapte a su condicionamiento psicológico"* (caso "RFF", sentencia de fecha 9 de diciembre de 2005, firme e inédita)

b) Consentimiento Subrogado

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

*** Solicitud de autorización para practicar una ligadura tubaria. El caso "C.de B." (Sentencia de fecha 22 de septiembre de 2003, firme e inédita):** se promueve una acción constitucional de amparo interpuesta por la guardadora de una adolescente insana –19 años, madre de una niña de 3 años y cursando una gestación de ocho meses, con el antecedente obstétrico de la pérdida de un embarazo de dos meses- mediante la cual se solicita autorización judicial para la práctica de una ligadura tubaria. La amparada, padece "retraso mental moderado" con problemas de conducta y aprendizaje –sin saber leer ni escribir", discapacidad que le impide manejarse por sí misma y más aún ocuparse de sus hijos. Que sin perjuicio de las limitaciones propias de su

[24] Para mayor información puede verse *Bioética, Derecho y Ciudadanía*... op.cit., capítulos VII y XVI.

discapacidad la misma expresó: "no quiero tener más hijos, porque sufro mucho ". Del texto de la sentencia que hace lugar a la acción de amparo incoada se desprende: *"De todos modos, si bien se infiere de un análisis cuidadoso de la totalidad de las constancias de la causa, sumado particularmente a la audiencia de visu, que* ***la amparada ... es competente en sentido bioético****, para mayor abundamiento su consentimiento se integra con el brindado por su guardadora y aquí amparista*"

*** Solicitud de autorización judicial para la realización de una intervención quirúrgica ante una negativa "infundada" de la paciente. Caso "M.A.S."** En este supuesto, en razón del alto grado de vulnerabilidad de la persona, a la cual en base a informes periciales se la consideró *"incompetente"* para la toma de decisiones relativas a la preservación de su propia salud y eventualmente de la vida, se resolvió privilegiar un consentimiento por subrogación. El caso era el siguiente: una paciente que sufría "hemorragias múltiples que ponen en peligro su vida" como consecuencia de una "anemia crónica por miomatosis uterina", se niega infundadamente a la intervención quirúrgica indicada, por encontrarse afectada de un *juicio sin suficiencia*, sin ser capaz de comprender las consecuencias de sus decisiones. A fin de preservar su vida, su pareja estable conviviente interpone una acción de amparo con el patrocinio letrado de la Defensoría Oficial para lograr autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica indicada. Se acreditó la "proximidad" del lazo afectivo esgrimido mediante informe socioambiental que permitió acreditar además la existencia de una relación de pareja conviviente estable y reflejar los vínculos de solidaridad existentes entre la paciente y su pareja: *"En este contexto surge con claridad la relevancia ética y jurídica del denominado Proxy Consent*[25]*, el consentimiento brindado por las personas más próximas a la paciente (en el caso su pareja estable y demás familiares) seguido de la pertinente autorización judicial, es un procedimiento si bien sumarísimo, que ha permitido incorporar todos los elementos de convicción relevantes, incluyendo el dictamen de un Comité de Bioética independiente, informe social a cargo de perito oficial, dictamen del perito médico de la Asesoría Pericial Departamental e intervención de la Asesora de Incapaces"*[26]*.*

*** Caso "Hospital Interzonal General de Agudos de Mar del Plata (HIGA) s/acción de amparo" (paciente R.S.) Sentencia del 8 de mayo**

---

[25] *HAMJ Ten Have, RHJ Ter Meulen y E. Van Leeuwen, Medische Ethiek, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten, 1998, ps. 111 y 1129*

[26] Sentencia publicada en libro *Bioética, Derecho y Ciudadanía...*, op.cit.

de 2005. Se trataba de una paciente de 18 años (menor de edad a los efectos de la legislación civil argentina), quien personalmente no profesaba el culto de Testigos de Jehová, como en cambio sí lo hacen su madre y hermanas mayores. Ingresa de emergencia al HIGA con traumatismos múltiples por accidente de tránsito y se le efectuó una transfusión sanguínea para la cual la paciente había brindado su consentimiento. Que ante la necesidad de una intervención quirúrgica indicada para evitar secuelas motoras en su marcha, su madre se opone a una eventual transfusión sanguínea en razón de sus propias creencias religiosas. *"Del contexto de la prueba incorporada a la causa, valorada conforme a las reglas de la sana crítica cabe razonablemente inferir que en última instancia, la oscilante negativa de la paciente –como bien lo señala en su informe la Defensora Ad Hoc- obedece a la presión psicológica que sobre ella ejerce no solamente su madre sino una hermana mayor (tal como se pudo observar claramente durante la realización de la diligencia en el propio hospital, fs.11/13), circunstancias que colocan a la paciente en una clara situación de vulnerabilidad, que afecta su libertad de decisión, tal como acertadamente se señala en el informe del Coordinador del Programa Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata incorporado a fs. 62/67*[27]*"*. Su autonomía en consecuencia, *"se halla seriamente disminuida en orden a la toma de decisiones que hacen al cuidado de su propia salud, y que afecta por lo tanto la capacidad de discernimiento acerca de cuáles son sus "mejores intereses", procede en el caso recurrir complementariamente al consentimiento por subrogración, expresado en autos por el muy fundado dictamen de la Defensora Ad Litem (fs. 53/61 vta.), y consideraciones efectuadas en sentido análogo por la Sra. Asesora de Incapaces en su dictamen de fs. 73/79 vta*[28]*".*

En lo atinente a la limitación de la patria potestad ejercida por parte de la progenitora de la paciente se sostuvo en la sentencia que: *"...Aún de admitirse que en razón de ser la paciente menor de 21 años (aunque mayor de 18), resultaren aplicables aquí las normas atinentes a la patria potestad como "conjunto de* ***deberes y derechos*** *que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección..." (art. 264 del C.C.), lo cierto es que en el caso el ejercicio de la patria*

[27] *Puede verse asimismo aquí Miguel Kottow, "Vulnerabilidad, susceptibilidades y Bioética", en "Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina", Número Especial Bioética, Buenos Aires, 23/07/2003, ps. 23/29*

[28] *Puede verse sobre este tema, Edmund D. Pellegrino, "La relación entre la autonomía y la integridad en la ética médica", en Número Especial Bioética, Boletín OPS/OMS, Volumen 108, nº 5 y 6, mayo y junio 1990, ps.379 y ss.; Stephen Wear, Informed Consent. Patient Autonomy and Physician Beneficence within Clinical Medicine, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1993.*

potestad por parte de la madre de la paciente en razón de las convicciones religiosas de la propia progenitora, entra en conflicto con el derecho constitucional de atención y protección a la salud y dignidad personal de la joven ..., y que requiere de la tutela jurisdiccional justa y oportuna (ver arts. 12, 15, 20 apartado 2, 36 numeral 8 y ccdtes. de la Constitución de la provincia de Buenos Aires), motivo por el cual corresponde recurrir a una decisión por subrogación, con sustento en serios y fundados criterios médicos, jurídico-constitucionales-bioéticos, a cuyo efecto se han integrado en el caso armoniosamente las opiniones de la Defensora Ad Litem, la Sra. Asesora de Incapaces, la opinión independiente del Coordinador del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata, perspectivas convergentes articuladas en una decisión judicial, adoptada con pleno respeto a las garantías del debido proceso y por la vía de la acción constitucional de amparo"[29].

c) El derecho a rehusar un tratamiento médico.

Como proyección de los principios rectores hasta aquí expuestos, se infiere que la decisión adoptada libremente por un paciente *competente,* en ejercicio de su autonomía y por aplicación de la regla del consentimiento informado, debe ser respetada, aún cuando contraríe la opinión médica. Sin embargo, el profesional de la salud no estará obligado a brindar una prestación de salud que, según su fundado criterio profesional, considera inadecuada para ese paciente y en esas circunstancias. Las limitaciones razonables al derecho a la autodeterminación tendrán lugar cuando el mismo entra en conflicto con el derecho a integridad de otras personas (como por ejemplo en el caso de un plan masivo de vacunación ante una epidemia)

*** "Caso "Parodi" (sentencia del 18/9/1995).** Como ilustración respecto de los criterios orientadores premencionados, resulta de interés un análisis sucinto del caso premencionado. Se trataba de un paciente con un cuadro de diabetes severa, con una segunda intervención quirúrgica legalmente calificada de "mutilante" (amputación del miembro inferior debido a la isquemia vascular de miembro inferior izquierdo, con necrosia en ambos dedos, celulitis y edema en el pié), la que debía llevarse a cabo en el hospital público, a tres meses de la amputación de la pierna derecha. Si bien el paciente desde el punto de vista formal al reingreso al hospital había firmado las planillas correspondientes al "consentimiento informado", al momento de ser trasladado al quirófano para llevar a cabo

[29] Sentencia publicada en revista jurídica "Jurisprudencia Argentina", Número Especial Bioética, Buenos Aires, 28/09/2005, ps.88 y ss.

la amputación prevista, manifestó de viva voz su oposición, lo que generó desorientación en el equipo médico interviniente. Se originaba así en ese momento un serio conflicto de derechos, deberes y valores: desde el punto de vista médico, la intervención quirúrgica era considerada estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del enfermo, pero dicha indicación médica entraba ahora en conflicto insuperable con la manifestación de voluntad inequívoca del paciente contraria a esa amputación. Frente a esta situación límite fueron las autoridades del hospital quienes hicieron la presentación judicial a fin de que se resolviese cuál era la conducta a seguir en el caso, ante las fundadas dudas que desde lo legal presentaba el caso. Al decidirse en la sentencia judicial respecto de la cuestión planteada en el carácter de Juez sostuve:

"Se ha señalado con razón que la cuestión que pone a prueba toda la doctrina del consentimiento informado es la negativa a un tratamiento o intervención médica, máxime cuando tal negativa pueda colocar en situación de riesgo la propia vida del paciente, habiéndose destacado que «este dilema constituye la prueba de fuego de la libertad y la autodeterminación de la persona, que constituye la base de la doctrina del consentimiento informado»[30]*, consentimiento informado que deberá ser, pues, la expresión del respeto a la autonomía, o en otras palabras al respeto a las personas en la terminología del Informe Belmont de la National Commisssion E.U.A., de 1978*[31]*. Si se admite, sin inconvenientes, la necesidad de suministrar información por parte del equipo de salud, acorde con la capacidad de comprensión del paciente, a fin de poder contar con su consentimiento válido para la realización de una intervención médica, debe admitirse de igual manera el derecho de ese paciente a negarse a un tratamiento considerado conveniente o necesario por parte de ese equipo de salud*[32]*, máxime tratándose de una intervención cruenta, como lo es sin duda la amputación de un órgano o de un miembro..." "Estimo que en las circunstancias particulares del caso, proceder a la amputación del segundo miembro inferior del paciente Parodi, contraviniendo su expresa voluntad claramente*

---

[30] *Elena I. Highton – Sandra M. Wierzba, La relación médico paciente: El consentimiento informado. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1991, ps. 217 y ss),*

[31] *Diego Gracia, Procedimiento de decisión en ética clínica, Madrid, 1993, ps. 17 y ss.*

[32] *(Handboek, Gezondheidsethiek I.D. de Beaufort, H.M. Dupuis Rd, cap. Informent Consent, ps. 217 y ss.; Larry I. Palmer, Law, Medicine, and Socia Justice, Ed. Westminster/John Knox Press, Loiusville, Kentucky, p. 76; Herman Nys, Geneeskunde. Recht en Medisch Handelen, Ed. Algemene Practische Rechtsverzameling, 1991, p. 135. Sobre aspectos filosóficos del consentimiento informado véase: Jan M. Broekman, Encarnaciones: Bioética en formas jurídicas, ed. Quirón, La Plata, 1994*

expresada con anterioridad y en momentos en que el enfermo debía ser considerado competente en sentido bioético- y plenamente capaz –desde la perspectiva jurídica- implicaría una grave violación de su esfera de libertad personal, de su intimidad y privacidad, en suma importaría una grave ofensa a su dignidad como persona humana. Es por ello que en este supuesto el valor vida (como bien jurídicamente tutelado), a través de la intervención médica contra la voluntad del propio paciente, no puede ni debe prevalecer frente al principio de la dignidad inherente a todo ser humano"[33].

*** Caso "C.A." (sentencia del 30/12/2002)**. La sentencia se dictó con relación a un paciente internado en el hospital público (HIGA), con indicación médica de cirugía consistente en amputación suprapatelar de pierna izquierda. La intervención, considerada necesaria por el equipo médico por la existencia de un compromiso de vida, requería según la legislación vigente el consentimiento escrito del paciente. Sin embargo, el enfermo se negaba a prestar su conformidad. Con la urgencia que el caso requería se dispuso solicitar detallado informe a la institución de salud, incluyendo datos clínicos actualizados, y una precisa evaluación de riesgos y beneficios de la intervención quirúrgica programada, además de un dictamen psiquiátrico para evaluar el estado de salud mental de paciente, junto con un amplio informe socioambiental. Afortunadamente, de un prolijo examen del paciente y su historia clínica realizado por el perito médico forense judicial, surgió la posibilidad de revertir el cuadro clínico mediante la utilización de un nuevo esquema terapéutico (con nuevas líneas de antibióticos) con resultados favorables. Finalmente en la decisión judicial se estableció: *"Que luego del exhaustivo análisis de las diversas constancias de autos, precedentemente realizado, si bien el propio jefe del servicio de cirugía del Hospital puntualiza a fs. 27 vta. que a la fecha el paciente no necesita amputación, es procedente efectuar ciertas consideraciones respecto del llamado consentimiento informado, libre y esclarecido válido, respecto de una terapia médica indicada, todo ello dentro del contexto interdisciplinario de la Bioética y sus principios, con un lectura en clave de derechos humanos. El principio de autonomía personal, cuyo estudio denota gran interés para el caso que nos ocupa, implica que «el respeto por las personas incorpora al menos dos*

---

[33] (Sentencia de fecha 18/09/95, en *Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos*", op.cit., ps. 217 y ss., con nota de Germán J. Bidart Campos, "La salud propia. Las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático")

convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección». Un aporte importante respecto al reconocimiento del paciente como agente moral autónomo, cuya autodeterminación y dignidad inalienable debe ser respetada" ...

"Por todo lo hasta aquí expuesto y resultando por ello ajustado a derecho, siendo el paciente C.A. competente en sentido bioético y capaz en sentido jurídico para el ejercicio de derechos personalísimos atinentes a su propia salud y calidad de vida, es válida su negativa fundada a someterse a una intervención quirúrgica, y que a la fecha no resulta necesaria según criterio médico fundado. En otras palabras, en caso de conflicto de valores, se debe priorizar el que más respete la dignidad inherente al ser humano"[34].

*** Directivas anticipadas. El paradigmático caso "M" (sentencia del 25/07/2005).** Desde el punto de vista jurídico la particularidad de la acción de amparo sometida a decisión judicial, se vincula con la inexistencia de legislación (tanto en el orden federal como provincial) sobre las denominadas *directivas anticipadas, living wills, testamento vital* u otras denominaciones análogas, no obstante lo cual la sentencia habría de resolver favorablemente a la petición judicial, en base a normas, principios y valores tanto constitucionales como bioéticos. **El caso:** En el año 1997, a la paciente M.I.M. –de 55 años de edad-, le fue diagnosticada la enfermedad "esclerosis lateral amiotrófica", cuyos primeros síntomas fueron la disfonía y la disfagia. A ello se sumó posteriormente, la pérdida de fuerza en las manos y la aparición de fasciculaciones en miembros superiores y lengua, junto a piramidalismo que hizo que su marcha se volviera espástica, hasta que en el año 2002, la reducción de fuerzas se extendió a todo el miembro superior, en ambos lados, y alcanzó a miembros inferiores, al tiempo que su respiración se tornaba insuficiente. El cuadro se fue agravando con el progreso de la enfermedad hasta desembocar en cuadriplejia, anartría, disfagia marcada e insuficiencia respiratoria restrictiva severa. Ante esta situación su médico tratante, propuso "llevar a cabo una *gastrostomía* para su alimentación...", mencionando al mismo tiempo la indicación de una "*traqueostomía* con la finalidad de conectar un respirador artificial portátil...", prácticas que serían de carácter permanente. Conforme dictamen médico pericial la enfermedad en cuestión –de etiología aún no muy bien conocida, de evolución contínua, progresiva, irreversible y letal- *consiste en una alteración degenerativa de las neuronas motoras del*

[34] Sentencia publicada en *Bioética, Derecho y Ciudadanía. Casos bioéticos en la jurisprudencia*, op. cit.

sistema nervioso central (cerebro y médula espinal)..." que produce *transtornos motores de toda la economía*, *transtornos de la marcha, los movimientos en general y transtornos del habla*, *la deglución y por último de la respiración*. En el actual estado de la ciencia no existen terapias curativas, y una eventual traqueostomía, *no mejora la evolución de la enfermedad*, y *la colocación del respirador sería a permanencia*; una posible traqueostomía *traería aparejada una imposibilidad de comunicación oral de la paciente con su entorno, que ya de por sí es escasa*. La paciente –en pleno uso de sus facultades mentales- ha expresado su opinión contraria al recurso de los denominados "*medios artificiales a permanencia"* frente a la evolución progresiva e irreversible del cuadro de "esclerosis lateral amiotrófica que la afecta actualmente. En tal sentido, ha suscripto actuación notarial, designando además a su cónyuge, como su *mandatario* para que en su nombre y representación realice todas las gestiones que sean necesarias para dar cumplimiento a su voluntad, todo ello mediante Escritura Pública *–mandato de autoprotección-*, y como *mandataria sustituta*, su hermana (R.L.M.), habiendo asimismo suscripto el acto su otra hermana (S.C.M.). La paciente en todo momento ha aceptado y acepta cuidados clínicos y farmacológicos "normales", incluso la utilización de una asistencia respiratoria "Bi – Pap" (máscara que ayuda a la respiración al emitir al aparato respiratorio aire a presión –no oxígeno-) y de ninguna manera procura lo que podría denominarse *"eutanasia".* Su cónyuge, C.A.F., con fecha 30/05/2005, interpone formal acción constitucional de amparo a fin de obtener la tutela judicial efectiva referente al "acto de autoprotección" con relación a su esposa. Todos los integrantes del grupo familiar, a pesar de lo dolorosa que es la situación, respetan la decisión firme de M.I.M., incluidos los tres hijos del matrimonio, mayores de 18 años. Se practicó en autos, audiencias personales con el amparista y su cuñada (mandataria sustituta), y con la amparada en su domicilio. Asimismo obra dictamen de la Sra. Representante del Ministerio Público Fiscal, Defensora Ad Hoc, pericias psiquiátrica y médico forense, informe socioambiental, y dictamen interdisciplinario del Comité de Bioética Ad Hoc de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

"*Como cuestión liminar cabe aquí destacar, que la ausencia de normativa subconstitucional específica referida a las denominadas directivas anticipadas, living wills, testamentos vitales, disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad y otras acepciones similares desarrolladas en el derecho comparado ... no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional, y en un sentido más amplio, en el denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del art. 75 numeral 22*

de la Constitución federal, que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos allí numerados[35]." ... "se trata de analizar la validez jurídico – constitucional y Bioética de decisiones adoptadas libremente, por una persona con pleno discernimiento respecto de situaciones relacionadas con la evolución de una enfermedad irreversible que padece, complementando sus propias directivas inequívocas con la designación de representantes ad hoc entre personas de su círculo familiar y de su máxima confianza, con miras al ulterior respeto de su autodeterminación, y dentro del criterio rector –tal como se consigna en el acta notarial de fs. 10/12- del "mejor interés del paciente".Por lo demás, no resulta ocioso resaltar, y desde una perspectiva de una autonomía dialógica que esa libre y espontánea decisión de la paciente, cuenta asimismo con el asentimiento y acuerdo de todo su grupo familiar primario, su cónyuge peticionario en autos y sus tres hijos, mayores de edad, que conviven en el mismo domicilio familiar, según se documentara en el acta judicial de fs. 20/21 y del informe socioambiental glosado a fs. 22/24, todo ello valorado desde una perspectiva interdisciplinaria, consustancial a la Bioética por cuanto "típicamente, el discurso bioético se apoya en el diálogo como mecanismo y substancia de la vida social...", "que puede contribuir al diálogo entre racionalidades y disciplinas así como ha contribuido al diálogo entre personas, grupos humanos y tradiciones culturales..."[36], "sin necesidad de adscribir rígidamente al denominado modelo bioético de los principios (o "principialismo"), centrado en los principios de autonomía, beneficencia-no maleficencia (desarrollados en la ya clásica obra de Tom L. Beauchamp y James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics, Fifth Edition, Oxford University Press, 2001),

resulta verdad incontrastable que tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, los ordenamientos constitucionales –particularmente en las democracias constitucionales de occidente-, como en los desarrollos en el campo de la Bioética, se ha afianzado con particular fuerza una tendencia universal hacia una mayor protección de la esfera de la autonomía personal. Una clara concreción de dicha tendencia se expresa en la denominada ***"Convención de Asturias de Bioética,[37]"*** *importante instrumento que más allá de su carácter jurídico, se sustenta*

---

[35] *Germán J. Bidart Campos, Compendio de Derecho Constitucional, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, ps. 23/24*

[36] *(Fernando Lolas Stepke, "Hacia una Bioética para América Latina y el Caribe, en revista "Bioética y Cuidado de la Salud. Equidad, Calidad y Derechos", Ed. OPS/OMS, Santiago, Chile, 2000)"*

[37] *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina: Convención sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa, aprobada en Oviedo, España, el 4/4/199.*

claramente no tanto en reglas, sino en principios o valores que el mundo jurídico comparte con la Bioética, tales como: dignidad e identidad del ser humano, el principio de no discriminación, el respeto de la integridad y demás derechos y libertades fundamentales, todo ello con respecto a la aplicación de la biología y la medicina, y donde se establece además que el interés y el bienestar del ser humano prevalecerán frente al exclusivo interés de la sociedad o de la ciencia" ... "No existe a criterio del juzgador diferencia sustancial significativa en cuanto al derecho a la autodeterminación y respeto a las decisiones personales referidas a la salud, que se exterioriza a través de la denominada "doctrina del consentimiento informado" , y que incluye claramente el derecho fundamental de cada persona, en la medida que se tratare de conductas autorreferentes, rehusar una intervención médica que le fuere propuesta por profesionales competentes adoptadas por pacientes que al momento de llevarse a cabo el acto médico, conservan su plena capacidad jurídica de hecho –y su competencia Bioética[38], parte respecto de aquellos otros supuestos relacionados con decisiones autónomas, adoptadas con anterioridad y que implican directivas anticipadas para el futuro, emanadas de quienes al momento de preverse la intervención médica en cuestión, se encontrasen imposibilitados de manifestar su voluntad. Esa analogía sustancial entre ambas situaciones descritas, no obsta sin embargo a la adopción de una particular precaución (tal como con buen tino se señala en el ya citado "Explanatory Report" referido al art. 9 de la Convención Europea) en cuanto a la evaluación de posibles modificaciones de circunstancias relevantes ponderadas por el propio paciente al momento de explicitar sus directivas anticipadas, de un modo muy particular respecto de una eventual aparición de nuevos terapias curativas (inexistentes al momento de la expresión de voluntad anticipada), o hipotéticamente en razón de haber transcurrido un tiempo prolongado contado desde la expresión de deseos del paciente y el momento de realizarse una actuación médica determinada. En este último supuesto resultará conveniente evaluar, conforme pautas de razonabilidad si en ese período transcurrido el paciente pudo modificar su decisión anterior" ... "el ***axiograma*** *(la tabla de valores, deseos y aspiraciones de un paciente) tiene una importancia no menor que su* ***hemograma[39]".***

---

[38] *(Puede verse y a fin de evitar reiteraciones innecesarias, el capítulo VII, primera "El consentimiento informado. Perspectivas jurídicas y Bioéticas", en el libro –de autoría del suscrito- Bioética y Derechos Humanos. Temas y Casos, Ed. Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 1999, -2da. Edición, 2004-, ps. 101/118)*

[39] *(puede verse "El Protocolo de Bochum para la práctica ético-médica. Análisis científico y ético para el manejo de un caso médico", por Hans Martin Sass, Herbert Viefhues y José Alberto Mainetti, en "Directivas Anticipadas. La historia clínica orientada a valores", en Lit Verlag Münster –Hamburg – Berlin – London,*

e) Excepción al "consentimiento". Casos de urgencia

El caso al cual haremos ahora una sucinta referencia, centrada fundamentalmente en los aspectos relacionados con la autonomía personal y el consentimiento informado se presentó en fecha reciente, también en el hospital público de la ciudad de Mar del Plata, y al cual se hiciera referencia en el punto b) al tratar el tema del consentimiento subrogado.

*** Caso "HIGA" (sentencia del 9 de mayo de 2005, paciente R.S)** con relación al tema ahora abordado se señaló en la sentencia: *"Que de las diversas actuaciones cumplidas y documentadas, surge que* ***la paciente recibió ya una primera transfusión sanguínea en un contexto de emergencia médica****, para la cual había expresado su conformidad, aunque luego en distintos momentos su opinión fue oscilante, entre un asentimiento ante una eventual necesidad de transfusión sanguínea, a una oposición, pero esto último, como ya se dijera, no en razón de convicciones religiosas, sino por entender que dicha práctica médica resultaría riesgosa o peligrosa, tal como por otra parte se consigna muy claramente en el dictamen de la Defensora Ad Hoc, agregado a fs. 53/59, y en el acta de la entrevista personal llevada a cabo con la paciente incorporada a fs. 60/61 vta., evaluación que a su vez resulta concordante con lo apreciado por el suscrito y profesionales del HIGA en ocasión de documentarse la actuación judicial cumplida en el hospital (ver fs. 11/13)." "El tema así contextualizado,* ***permitiría por ende encuadrar una hipotética –e improbable transfusión sanguínea- dentro de las excepciones al principio de la autonomía personal y de la regla del consentimiento informado referidas a las denominadas "situaciones de emergencia,[40]"*** *en las cuales prevalece el principio de beneficencia y aquello que en el contexto concreto es interpretado como coincidente con los mejores intereses de la paciente[41]".*

f) Excepción al "consentimiento". Privilegio terapéutico

*** Caso "HIGA" (sentencia del 9 de mayo de 2005. Paciente R.S.).** *"De manera complementaria, y como excepción a la regla general del*

2002)" Sentencia publicada en revista jurídica "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 16 de noviembre de 2005.

[40] *Wear, Stephan, "Informed Consent. Patient autonomy and physician beneficence within clinical medicine", 1993, Kluwer Academic Publishers, Países Bajos, p.15,*

[41] (Caso "HIGA", op.cit)

consentimiento informado como expresión del principio de autonomía personal, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso ya evaluadas, quedará en definitiva a criterio fundado del equipo de salud invocar el denominado ***privilegio terapéutico****, conforme el cual existiendo una situación particular en la cual la revelación de toda la información -valorados todos los datos relevantes-, se considerare que la comunicación de absolutamente toda la información podría redundar en un daño a la integridad psíquica de la paciente, con efectos negativos sobre la evolución de su salud, en detrimento de los beneficios razonablemente esperables de la intervención quirúrgica proyectada, puede legítimamente limitarse el suministro de la información, máxime teniendo en cuenta el compromiso asumido por los profesionales médicos de recurrir solamente a la transfusión en caso de presentarse una emergencia durante el desarrollo de la intervención quirúrgica, únicamente superable a través de la transfusión sanguínea*[42]*.*

5.- Jurisprudencia relevante de la Corte Suprema de Justicia Federal de la República Argentina.

Los Testigos de Jehová y la negativa a recibir transfusiones sanguíneas

El 6 de abril de 1993 la Corte Suprema de Justicia Federal en la causa "Bahamondez, Marcelo" (fallo publicado en las principales revistas jurídicas argentinas: entre otras en "Jurisprudencia Argentina" 1993-IV-555, con nota de Julio César Rivera, titulada "Negativa a someterse a una transfusión sanguínea"; en "La Ley" 1993-D-126 y en "El Derecho", T.153-249) tuvo oportunidad de intervenir por primera vez en un conflictivo caso bioético constitucional, caracterizado por un insalvable conflicto de valores, deberes y derechos, tanto desde una perspectiva Bioética como jurídico-constitucional. Dicho conflicto quedó planteado a partir del disenso de criterios entre el equipo médico –que estimaba necesaria una transfusión sanguínea en un paciente Testigo de Jehová-, y la negativa de éste, fundada en sus convicciones religiosas.

---

[42] *Stephan wear, op.cit., p.15, apartado D, "Exceptions to the Rule", y en sentido análogo, Ten Have, H.A.M.J., Ter Meulen, R.H.J. y Van Leeuwen, E. Medische Ethiek, Bohn Stafleu Van Loghum, Hourten, 1998; con relación a "la solución de conflictos entre principios y reglas", y en recurso al denominado juicio de ponderación puede asimismo verse: Ricardo L. Lorenzetti, La responsabilidad civil de los médicos, Tomo I, Rubinzal Culzoni, Editores, ps. 271 y ss)"* (caso "HIGA", op.cit.

En la sentencia se sostuvo con meridiana claridad que “de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara a derechos de terceros” (del voto de los Ministros Augusto C. Belluscio y Enrique S. Petracchi).

En un sentido complementario en su voto conjunto los Ministros Carlos S. Fayt y Rodolfo C. Barra, sostuvieron respecto de la negativa de un paciente a ser sometido a un tratamiento médico contra su voluntad que: “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 de la C.N. La estructura sustancial de la norma constitucional está dada por el hombre, que despliega su vida en acciones a través de las cuales se expresa su obrar con libertad. De este modo, vida y libertad forman la infraestructura sobre la que se fundamenta la prerrogativa constitucional que consagra el art.19 C.N...”. En el mismo voto conjunto de ambos Ministros se puntualizó asimismo que: “Se trata en definitiva de los derechos esenciales de la persona humana relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”.

A modo de síntesis conclusiva y a partir de fundamentos diversos pero sustancialmente coincidentes expuestos en los distintos votos en la sentencia “Bahamondez”, se infiere en consecuencia que tratándose de conductas *autorreferentes* (aquellas con relación a las cuales las consecuencias sólo recaen sobre la propia persona, que no afectan derechos de terceros y no comprometen intereses públicos relevantes), las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y el respeto a sus libertades fundamentales.

Resulta pertinente recordar que en el señero caso *Bahamondez* , y en el ya referido voto conjunto de los referidos Ministros Fayt y Barra, se asignó particular relevancia a las previsiones del *art. 19 numeral 3 de la ley 17.132*, ordenamiento que si bien sólo rige de manera inmediata hoy día en el ámbito jurisdiccional de la Capital Federal (por tratarse de una ley dictada por el Congreso como *poder legisferante local*), conforme a reiterada jurisprudencia se torna asimismo aplicable en los ámbitos jurisdiccionales provinciales, en ausencia de legislación local específica, y por aplicación de las previsiones del art. 16 del Código Civil.

Ciertamente que se trató aquí de un denominado “caso simple”, por cuanto afectaba a una persona adulta, mayor de edad, “competente” en

sentido bioético para la toma de decisiones, y “capaz” a la luz de las normas jurídicas vigentes.

La situación se complejiza cuando no se reúnen todas estas condiciones. Los casos más frecuentes se vinculan con situaciones en las cuales un equipo médico -generalmente a través de la institución a la cual pertenece-, solicita una autorización judicial para realizar una transfusión sanguínea, considerada estrechamente necesaria para la preservación de la salud e incluso la vida de un paciente, menor de edad, cuando los padres de ese menor, Testigos de Jehová, expresan su negativa para dicha prestación médica por razones religiosas.

En tales supuestos se puede hablar de una pacífica jurisprudencia nacional, que ha argumentado de la siguiente manera: si bien se respetan las creencias religiosas de los padres, se sostiene que el ejercicio de la patria potestad “como conjunto de derechos y deberes” (art. 264 del Código Civil), no puede tener nunca un alcance tal de poner en peligro la vida misma del hijo, y que será éste en el futuro, alcanzada la edad adulta, quien adherirá o no libremente al culto que profesan sus padres.

Paralelamente, la misma Convención Internacional de los Derechos del Niño garantiza el derecho del menor a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, “teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de la edad y madurez” (art. 12 de la Convención). Toda vez que esta Convención en el ordenamiento constitucional argentino reviste jerarquía constitucional, se torna necesario compatibilizar estas disposiciones con la legislación interna especialmente las propias de la legislación civil.

Entendemos entonces que en estos casos debiera ponderarse cuidadosamente, y de manera fehaciente la madurez emocional y psicológica del menor al momento de una toma de decisión atinente a su salud, máxime cuando la misma eventualmente puede poner en peligro su propia vida. No existirían aquí reglas fijas e inexorables, sino simplemente criterios de orientación que deberán tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso[43].

[43] Olga O. Lavalle, “Consentimiento informado en adolescentes”, en Jurisprudencia Argentina, 6218, Buenos Aires, 01/11/2000, Número Especial Bioética: 56 y ss.

6) Reflexión final.

A modo de síntesis podríamos entonces recordar una vez más que *"cualquier hombre es, en lo que le afecta, interlocutor válido"*, tarea que requiere de ciudadanos informados y responsables frente a decisiones que pueden implicar, no sólo a individuos, sino incluso a la especie[44].

En la prudente articulación de las cuestiones jurídico-constitucionales con las perspectivas Bioéticas, hacemos aquí propias las reflexiones de Lolas Stepke referidas a la contribución de la Bioética al diálogo interdisciplinario al afirmar que *"la Bioética puede contribuir al diálogo entre racionalidades y disciplinas. Su contextura transdisciplinaria, permite replantear desde una perspectiva integral los problemas fundamentales, retrotraer su examen al mundo vital en que se generan y expresan, y desarrollar herramientas para su comprensión en distintos ámbitos discursivos. Típicamente el discurso bioético se apoya en el diálogo como mecanismo y substancia de la vida social..."*[45]

Las dos últimas décadas han sido particularmente fructíferas en Latinoamérica en cuanto a la renovación de los procesos constitucionales, a tono con la creciente "universalización de los Derechos Humanos" con un desarrollo progresivo a nivel mundial a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948 y los dos "Pactos" o "Convenciones" de 1966 sobre "Derechos Civiles y Políticos", y relativo a los "Derechos Económicos, Sociales y Culturales"). A ello se añade a nivel interamericano el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos de 1969), aunque recién incorporado al derecho interno en el Cono sur del Continente en los años 80 del siglo pasado, con la restauración democrática-constitucional.

Sin embargo, este valioso instrumental normativo no ha alcanzado aún la suficiente vigencia sociológica. Para superar esa "distancia" resultará menester también que los Tribunales de Justicia en su tarea de la aplicación del derecho a situaciones concretas, superar decididamente criterios formalistas, para dar paso a una tarea hermenéutica más atenta

---

[44] Adela Cortina, *Ética Aplicada y Democracia Radical*, Ed. Tecnos, Madrid, España, 2001, 3ra. Edición, capítulo 16 "Aspectos éticos del proyecto genoma humano", p. 262.

[45] (Fernando Lolas Stepke, "Hacia una Bioética para América Latina y el Caribe", en "Bioética y Cuidado de la Salud. Equidad, Calidad y Derechos", Publicación del Programa Regional de Bioética, OPS/OMS, Santiago de Chile, 2000)

a valores, principios y normas, tanto constitucionales como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el ámbito específico de la búsqueda de soluciones a los problemas bioético-jurídicos se requiere además una apertura a las orientaciones provenientes de instrumentos transnacionales, tales como la Declaración de la UNESCO sobre Genoma Humano y Derechos Humanos (aprobada por la ONU) o la Declaración Internacional sobre Bioética y Derechos Humanos (de inminente aprobación). Esta última respecto de la "autonomía y responsabilidad individual" en su art. 5 prevé: *"La autonomía de las personas para tomar decisiones, mientras que asuman la responsabilidad por aquellas decisiones y respeten la autonomía de los otros, debe respetarse. Para las personas que no son capaces de ejercer su autonomía, deben adoptarse medidas especiales para proteger sus derechos e intereses"*. Asimismo y en lo atinente al "Consentimiento" su artículo 6 prescribe: *"a) Cualquier intervención médica preventiva, de diagnóstico y terapéutica sólo debe llevarse a cabo con el previo consentimiento libre e informado de la persona involucrada, basado en información adecuada. El consentimiento debería, donde apropiado (where appropriate), ser expreso y puede ser retirado por la persona interesada en cualquier momento y por cualquier razón sin desventaja o perjuicio...."* Finalmente, respecto de las "personas sin la capacidad para consentir" el art. 7 señala: *"De acuerdo con el derecho interno, debe darse especial protección a las personas que no tienen capacidad para consentir: a) la autorización para la investigación y práctica médica debería obtenerse de acuerdo con el mejor interés de la persona interesada y de acuerdo con el derecho interno. Sin embargo, la persona interesada debería estar involucrada con el mayor alcance posible en el proceso de toma de decisiones del consentimiento, así como en el retiro del consentimiento..."*

También ofrece pautas orientadoras la denominada "Convención Europea de Bioética" (Convención de Asturias, 1997) –"Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina-, documentos que fortalecen los mecanismos de tutela y protección de la dignidad personal y la tutela de los derechos fundamentales relacionados con la problemática bioética, sin perjuicio del respeto a las diversidades culturales de cada región, aunque será la dignidad de la persona el valor y derecho fundante, en el marco de una preferente tutela jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad, a menudo a causa de la exclusión social. Todo ello requiere también sin duda, de cambios en el discurso judicial, desarrollando los mecanismos de tutela jurisdiccional *"que permitan a los ciudadanos exigir la protección del Estado en aquellos casos en los que*

sus derechos fundamentales se ven amenazados o violados[46]*".* Este es el reto para todos nosotros.

[46] Ver *Cuerpo y derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*, AAVV. Editorial Temis, Bogotá, 2001, Prólogo de Manuel José Cepeda.