

# RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR

Autor:

Medina, Graciela

Famá, María Victoria

Revsin, Moira

Cita: RC D 1091/2012

**Tomo: 2003 3 Responsabilidad de los profesionales de la salud.**

Revista de Derecho de Daños

**Subtítulo:**

Análisis de las leyes de salud reproductiva y procreación responsable

**Sumario:**

I. Introducción. II. El derecho a la salud: algunas consideraciones. III. Deber de informar. IV. Consentimiento informado. V. Elementos de la responsabilidad civil ante el incumplimiento del deber de informar. a) Algunos precedente extranjeros. VI. El derecho a la información en las leyes sobre salud sexual y procreación responsable y la obligación de informar a niños/as y adolescentes. VII. Elementos de la responsabilidad civil ante el incumplimiento del deber de informar exigido en las leyes de salud reproductiva y procreación responsable. VIII. La objeción de conciencia de los profesionales médicos: ¿es un eximente de responsabilidad? IX. La obligación del Estado. X. A manera de conclusión.

## RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES MÉDICOS ANTE EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE INFORMAR

### I. Introducción

A lo largo del presente trabajo analizaremos la responsabilidad que les compete a los profesionales de la salud ante el incumplimiento del deber de brindar información a sus pacientes. En primer término, formularemos algunas consideraciones previas sobre el derecho a la salud. Luego, definiremos el alcance del mencionado deber de informar y desarrollaremos el concepto de consentimiento informado, en atención a la participación activa que los profesionales médicos tienen para que se cumpla el precepto. Examinaremos, en particular, el deber de informar expresamente impuesto, tanto a las instituciones de la salud como a los profesionales médicos, por las leyes de salud reproductiva y procreación responsable sancionadas en las distintas regiones de nuestro país. En este punto, más allá de las consideraciones generales, nos detendremos a analizar la especial situación de los niños/as y adolescentes menores de edad que requieren acceder a la información en pro del cumplimiento de los objetivos legales vigentes. Por último nos introduciremos en la responsabilidad del Estado, en su carácter de veedor y responsable de hacer cumplir los derechos constitucionalmente protegidos.

### II. El derecho a la salud: algunas consideraciones

Hasta la reforma constitucional de 1994 no existía en el texto de la norma fundamental histórica artículo expreso sobre el derecho a la salud. Sin embargo, por su adscripción al derecho a la vida y a la integridad física, había sido receptado por la jurisprudencia mediante la invocación del artículo 33 del plexo jurídico de base [1]. La última reforma constitucional ha enfatizado, aumentado y profundizado el papel de los derechos humanos. Por un lado, al aumentar la cantidad y contenido de los derechos reconocidos; por el otro, al ratificar que todos los derechos humanos están garantizados, es decir, al admitirse expresamente que, si hay un derecho, el orden jurídico debe prever una acción judicial para su protección [2]. Dentro de la amplia nómina de derechos humanos que se han

---

vuelto explícitos a partir de la reforma constitucional, hallamos el derecho a la salud que, si bien no ha sido sistematizado normativamente [3], ha sido reconocido en numerosos pactos y convenciones internacionales que gozan de jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, Const. Nac.) [4]. Coincidimos con Horacio Corti cuando afirma que los derechos humanos tienen en la actualidad un papel expansivo, en la medida en que, al ser uno de los ejes del sistema constitucional, las restantes instituciones jurídicas se ven incididas y eventualmente modificadas por su presencia [5]. Ello genera la necesidad de reformular ciertas nociones jurídicas tradicionales a los fines de adecuarlas a esta nueva perspectiva. La noción de "derecho a la salud" es compleja y difícil de determinar, en cuanto requiere de especificaciones de diversa índole, tales como qué debe entenderse por necesidades en salud y cuál es el peso que habría que asignar a la salud en relación a otros bienes jurídicos protegidos [6]. En el tema que nos ocupa surge la necesidad de tomar los máximos recaudos jurídicos de modo que el ejercicio de la medicina se lleve a cabo en función de los intereses de las personas, y atendiendo primordialmente al respeto y la protección de sus derechos fundamentales. La preservación de la salud es un componente esencial del derecho a la vida, que es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. Siendo "el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental" [7]. Podemos afirmar, entonces, que el derecho a la salud es un sustratum indispensable para el ejercicio de otros derechos, es una precondition para la realización de valores en la vida y en el proyecto personal de todo ser humano [8]. En este marco teórico constitucional debe insertarse la naturaleza y alcance del derecho a la salud desde su doble carácter. Por un lado, su reconocimiento como derecho subjetivo, ligado a la dignidad e integridad de la persona humana; por el otro, como mandato objetivo dirigido al accionar público en su rol de intermediario necesario en la concreción de mandatos constitucionales. Sentados estos principios, desarrollaremos el tema que nos ha convocado en esta oportunidad: los alcances del deber de informar que compete a los profesionales de la salud y las consecuencias del incumplimiento de dicha imposición, en particular en los temas concernientes a la salud reproductiva.

### III. Deber de informar

La medicina plantea problemas éticos y jurídicos complejos ya que muchas veces las decisiones que en ese campo se toman pueden poner en tensión principios constitucionales y morales. Desde su difusión, el juramento hipocrático -contenido en el corpus hippocraticum- ha sido el texto de la tradición médica occidental que ha gozado de mayor aceptación. Los profesionales de la salud han visto en estos preceptos aquello que consideran es el retrato de lo que debe ser un buen profesional, convirtiéndose en el paradigma de la ética médica [9]. Así, desde el juramento hipocrático, los médicos orientan su práctica por el llamado principio de beneficencia en su doble dimensión: es deber de los profesionales contribuir positivamente al bienestar del paciente (principio de benevolencia), o al menos abstenerse de causarle cualquier daño físico o psíquico (principio de no maleficencia o *primum non nocere*). Con el tiempo, a causa del avance de la ciencia y la tecnología, se han ido delineando otros principios fundamentales que conforman el sustrato de lo que hoy se conoce como bioética. Así, el perfeccionamiento de las técnicas médicas supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científica en favor de la población en general y de los futuros pacientes en particular, pues constituye un deber de la profesión médica producir la mayor cantidad de bienestar posible para el mayor número de individuos (principio de utilidad). Siguiendo estas pautas, los servicios deben ser distribuidos de manera equitativa a todas las personas, ya que todos deben tener igual acceso a los beneficios de la ciencia y la cultura (principio de justicia). Finalmente, en las sociedades fundadas en la inviolabilidad, la dignidad y autonomía de las personas, toda intervención en el cuerpo del individuo debe, en principio, contar con la autorización del propio afectado (principio de autonomía) [10]. Directamente relacionado con el último principio mencionado, los médicos tienen a su cargo el deber de informar, que posibilita al paciente como ser humano el ejercicio de una pluralidad de facultades inherentes a sus ideales, sus valores esenciales, su libertad, su dignidad, su integridad física y/o psíquica, etcétera. Se ha dicho que el profesional, que precisa de la confianza que le dispensa el paciente, debe correlativamente informarle todo aquello que por razones científicas o técnicas este último desconoce [11], actuando con lealtad, probidad y buena fe tiene el "deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas" (conf. art. 902, Cód. Civ.). El fundamento de este deber reside en el marcado desnivel negocial que caracteriza este tipo de contrataciones, con un predominio técnicocientífico del profesional, que se refleja en lo jurídico y convierte a la información en un instrumento de trascendencia para morigerar esa desigualdad y desequilibrio genético-funcional, al colocar en manos del paciente una herramienta de control para limitar el poder cultural desequilibrante de los profesionales [12]. Coincidimos con Michel Foucault cuando sostiene que

---

las palabras y los discursos de la gente importan un ejercicio del poder. En toda sociedad, la producción del discurso está a su vez controlada, seleccionada, organizada y redistribuida por un cierto número de procedimientos, que tienen por función "conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad..." [13] Desde los más remotos orígenes, el médico -y sus figuras predecesoras: magos, brujos, hechiceros, curanderos, sanadores, etcétera- ejerció un dominio directo sobre el paciente e indirecto sobre la sociedad. El poder indirecto de la medicina se ejerció históricamente mediante la capacidad de ciertos médicos de vincularse estrechamente con los que detentaban el mando o la supremacía social y económica, y sus familiares. Esta forma de coparticipación del poder está presente en toda la historia de la medicina y persiste hasta nuestros días [14]. Con el transcurso del tiempo, y a medida que la profesión médica fue extendiendo sus ámbitos de incumbencia, los campos de su poder e influencia se fueron ampliando. De hecho, en cierto modo, el discurso médico-científico puede leerse como un proceso de sumisión a través del cual se impone a los individuos que de éste se sirven un determinado número de reglas, impidiendo el acceso a cualquiera que no satisfaga determinadas exigencias y no esté calificado para hacerlo. El ritual que define la calificación que deben poseer los individuos que hablan -gestos, comportamientos, circunstancias y todo el conjunto de signos que deben acompañar el discurso- fija finalmente la eficacia supuesta o impuesta de las palabras, sus efectos sobre aquellos a los cuales se dirigen y los límites de su valor coactivo [15]. Los grupos científicos constituyen lo que Foucault define como "sociedades del discurso", cuya finalidad radica en la producción y la conservación de discursos para hacerlos circular en un espacio cerrado, distribuyéndolos según reglas estrictas [16]. Puesto que estos discursos circulan en el acto médico entre un profesional idóneo y un particular inexperto y muchas veces sufriente, y como no todas las partes del discurso son igualmente accesibles e inteligibles para los destinatarios, es preciso quebrar ese sistema asimétrico y garantizar el acceso igualitario a la información. Por ello, nuestro sistema jurídico exige a los profesionales el deber de informar. Más allá de su reconocimiento constitucional, en nuestra legislación nacional el deber médico de informar no ha sido regulado por una normativa específica. Sin embargo, dicha obligación ha sido expresamente reconocida en algunas normas aisladas como la Ley de Sida 23.798 [17], la Ley de Transplantes 24.913 [18], las normas deontológicas de la profesión médica [19] y ciertas leyes de salud reproductiva dictadas a lo largo de todo el país, las que serán comentadas más adelante. El deber de informar puede ser definido como la obligación jurídica en cabeza de un experto (el deudor de la prestación y emisor de la información) de poner en conocimiento de su cocontratante (el acreedor del servicio y, habitualmente, un profano) aspectos relevantes del contrato (objeto de la información) que habilitan para tomar decisiones compartidas y pertinentes en beneficio del acreedor [20]. El deudor de la obligación actúa con eficiencia si incluye, al brindarla, una opción racional y los motivos que la justifican; sólo en tal caso, cabe hablar de una decisión basada en el examen de argumentos racionales [21]. El deber informativo se materializa como un diálogo que incluye todos aquellos aspectos que sean de interés conocer en relación al estado de salud (el diagnóstico, terapéutica, posibles y razonables consecuencias, etc.) y abarca todas las fases del tratamiento, inclusive el alta médica. La información suministrada debe ser veraz, no debe alentar falsas expectativas ni disminuir los peligros conocidos, y será mayor cuanto mayores sean los riesgos que el tratamiento conlleve. Asimismo, es preciso que dicha información sea transmitida en forma simple, precisa, comprensible (libre de jergas o terminologías eruditas) y adaptada a la situación sociocultural del paciente [22].

#### **IV. Consentimiento informado**

En los últimos tiempos el principio de la autonomía de la voluntad ha ido ganando terreno en ámbitos en los cuales, hasta hace algunos años, se lo consideraba extraño. Uno de los terrenos en el que esta máxima ha penetrado con mayor énfasis ha sido en el campo de la salud, que tradicionalmente se hallaba gobernado por el principio de la beneficencia y por la idea de que el médico -como experto en enfermedades- era el que tomaba las decisiones. Del modelo autoritario (característico de las culturas primitivas y de las civilizaciones prehelénicas), pasando por el modelo paternalista griego (donde el curador asumía el rol protector y el paciente era el hijo que debía obedecer), hemos alcanzado a mediados del siglo XX aquel modelo que hemos denominado autónomo, en donde la relación médico-paciente ha tendido a ser igualitaria y en el cual, en último término, las decisiones del paciente deben ser respetadas [23]. Las transformaciones que han experimentado las relaciones sanitarias han surgido como consecuencia de múltiples factores. Uno de ellos ha sido la masificación e impersonalización en que han llevado a cabo su actividad los grandes hospitales que, por un lado, ha contribuido al deterioro de un modelo de relaciones médico-paciente basadas en la confianza y, por el otro, ha impedido presuponer cuál es la opinión de las partes implicadas en estas relaciones desarrolladas entre desconocidos cuya jerarquía de valores no puede ser presupuesta como consecuencia de la heterogeneidad de

---

la sociedad de la cual provienen [24]. En este marco se ha reconocido, como contrapartida del deber de informar, el derecho de toda persona, como agente moral autónomo, de recibir la información necesaria para formar opinión y asegurar la autonomía de la voluntad o libertad de intimidad en la toma de decisiones que le competen en los términos de los artículos 19, 33 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. El derecho a la información ha sido incorporado expresamente en nuestra Carta Magna luego de la reforma de 1994 en el artículo 42, que expresa que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno". Es indudable el papel protagónico que asume el principio de autonomía en el tema que nos ocupa al encontrarse íntimamente cohesionado con el valor supremo de la dignidad humana, valor último y fundante que debe aquí ser armonizado con el valor solidaridad y el principio de beneficencia en el sentido del "mejor interés" para el paciente [25]. La relación médico-paciente no se agota, entonces, con el cumplimiento de la obligación de informar, sino que requiere, asimismo, que el paciente destinatario de la información tenga una función participativa y de colaboración que le permita comprender, procesar y valorar lo que se le informa y adoptar las decisiones racionales que le dicta su interés [26]. El Belmont Report de 1978, elaborado por la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research creada por el Congreso de los Estados Unidos en 1974, ha proporcionado una definición de lo que debe entenderse por autonomía del paciente en la toma de decisiones relacionadas con la salud de las personas [27]. A partir del reconocimiento de la autonomía personal surge el concepto de consentimiento informado, receptado en nuestro país, entre otras normas, por la ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina, la odontología y actividades de colaboración [28]. Dicho consentimiento, para ser informado o esclarecido, exige la previa información al interesado. Una correcta hermenéutica del término "consentimiento" remite ineludiblemente a sus presupuestos previos: la información adecuada, la comprensión de esa información, la libertad en el sujeto que presta su consentimiento y la competencia para participar en la toma de decisiones [29]. En suma, el consentimiento informado consta de dos partes perfectamente diferenciadas e inescindibles entre sí, y con actores también divergentes. El primero de ellos es el emisor de la información, quien tiene la responsabilidad de emitir un dictamen claro, fundado y completo. Por la otra parte está el receptor, quien no sólo debe recibir la información que se le brinda sino también debe comprenderla acabadamente, elaborarla intelectualmente y, como consecuencia de ello, emitir su opinión. Lo dicho hasta ahora nos permite valorar la trascendencia que este concepto adquiere en el tema que nos ocupa. No podemos hablar de consentimiento informado, como requisito constitutivo de la relación médico-paciente, sin hablar del deber de informar que compete a los profesionales de la salud, de poner a disposición del paciente toda la información necesaria, en términos claros, precisos y adecuados, que le permitan tomar la decisión que crea más conveniente en relación a su salud física o psíquica.

## **V. Elementos de la responsabilidad civil ante el incumplimiento del deber de informar**

Admitida la existencia de un deber legal y contractual de informar, su incumplimiento o su cumplimiento defectuoso es violatorio de tal obligación, por lo que ello genera responsabilidad en forma autónoma [30]. De acuerdo a las normas que gobiernan la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, el principio general de la procedencia de la reparación del daño causado a la víctima es que se demuestren ciertos requisitos; éstos son: a) El hecho antijurídico; b) el factor de atribución de la responsabilidad; c) el daño, y d) la relación de causalidad adecuada entre el daño y el comportamiento antijurídico [31]. El hecho antijurídico consiste en la infracción de un deber u obligación legal [32]. En el tema que nos ocupa, algunos autores sostienen que los médicos asumen una obligación de resultado, que se cumple al aportar los elementos necesarios para que el paciente tome una decisión libre y racional: diagnóstico, pronóstico, tratamiento propuesto y sus alternativas, riesgos y cuidados necesarios [33]. Para otros -entre los que nos encontramos- el factor de imputación es subjetivo y la culpa queda tipificada, en su caso, si la omisión neutraliza causalmente el derecho del paciente a ejercer una opción esclarecida tendiente a aceptar o rechazar un tratamiento, es decir, cuando el profesional, sin justificación, prescinde del deber de informar o lo hace defectuosamente, aunque no ocurran fallas en la prestación terapéutica empleada. El médico cumple, entonces, mientras acredite que informó diligentemente o no lo hizo, si medió justa causa (conf. arts. 512, 902, 909 y 1198, Cód. Civ.) [34]. En principio, el médico sólo satisface jurídicamente su prestación mediante una actividad técnica y científicamente adecuada, conforme al desarrollo progresivo de la medicina, y que normal y ordinariamente puede conducir a cierto resultado, aunque éste no pueda garantizarse. Siguiendo este razonamiento, el examen de la conducta del profesional nos permite determinar qué daños le son atribuibles y cuáles otros recaen en el terreno de la propia víctima, ya sea como consecuencia natural del proceso patológico al que el paciente está sometido desde el

---

inicio, o bien como resultado del riesgo que el tratamiento conlleva, aun con el empleo adecuado de los recursos que brinda la ciencia [35]. Es que las consecuencias o riesgos específicos que el médico sabe que pueden producirse razonablemente y según el curso normal ordinario de las cosas (conf. art. 901, Cód. Civ.), deben ser puestas en conocimiento del paciente para que éste tenga la posibilidad de asumir o no el eventual riesgo. Si las posibles complicaciones son desconocidas, el paciente mal puede asumirlas y, ante tal omisión, el riesgo se traslada al profesional, cuya conducta será reprochable jurídicamente. Es por ello que el asentimiento es lícito en la medida en que el acto médico no exceda el límite de la dañosidad propia de la alternativa discrecional científica asumida, pero nunca sobre los que puedan resultar de una conducta impropia. Los daños provocados en el marco de una alternativa discrecional y como propios de la terapéutica -reiteramos- no son reparables, puesto que son parte de la asunción del riesgo del paciente frente a la medicina, no frente al médico [36]. Sabido es que el factor de atribución de responsabilidad es la razón suficiente para asignar el deber de reparar al sujeto indicado como deudor [37]. Tal factor de atribución puede ser subjetivo u objetivo. La culpabilidad del autor del daño constituye el sustento subjetivo de la responsabilidad e importa una situación psicológica del sujeto que se traduce, ya sea en la omisión de cierta actitud que habría evitado el daño, o en el obrar precipitado o sin prever por entero las consecuencias que produjo su acción irreflexiva [38]. El factor de atribución objetivo prescinde, por el contrario, de la idea de culpabilidad, modificando el centro del sistema de responsabilidad, que no es ya el reproche moral a la conducta del autor, sino la reparación del daño que sufrió la víctima. No nos detendremos a desarrollar este tema porque excede al objeto del presente trabajo. En la materia que analizamos, entonces, el factor de atribución es subjetivo, y consiste en la culpa o dolo cometidos por los profesionales de la salud en la obligación contractual contraída con los pacientes; o en las situaciones extrapatrimoniales derivadas de la atención en hospitales públicos, traducidas en la comisión de cuasidelitos. En cuanto al daño resarcible, según el caso, será viable la reparación del daño material (daño emergente o lucro cesante) y/o del daño moral. Por último, en cuanto a la relación de causalidad, cabe formular algunas precisiones. En principio, la doctrina mayoritaria entiende que sólo son resarcibles los daños que se hallan en cierta relación de causalidad jurídicamente relevante [39]. Ello quiere decir que debe existir una relación entre el hecho (el incumplimiento) y los resultados que de él derivan, porque no todas las derivaciones de un hecho son atribuibles al sujeto. La cuestión se centra en determinar si, de no existir el hecho antijurídico, los daños producidos se podrían haber evitado. La doctrina ha distinguido diversas categorías respecto de la relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño, a saber: i) La teoría de la equivalencia de las condiciones, por la cual todas y cada una de las condiciones provocan el efecto, de manera que cada una de ellas tiene función de causa del resultado; ii) la teoría de la causa más próxima, donde se atribuye el efecto al último suceso, con lo que el daño aparece conectado de manera inmediata; iii) la teoría de la condición más eficaz, en la que el resultado es atribuible a la más activa de las condiciones; iv) la teoría de la causa eficiente, en la cual es causa de un resultado lo que genéricamente ha establecido un ordenamiento jurídico determinado, y finalmente v) la teoría de la causalidad adecuada, que es la que ha sido mayoritariamente receptada por la doctrina y la jurisprudencia francesa, mediante la cual sólo la causa preponderante, es decir, aquella que comporta la posibilidad objetiva del daño, es punible. Para ser más precisos, entonces, según la teoría de la causalidad adecuada, la relación de causalidad jurídicamente relevante es aquella que existe entre el daño ocasionado y el antecedente que normalmente lo produce, conforme al curso natural y ordinario de los acontecimientos. Se entiende por causa adecuada aquella que por sí sola es apta para producir el efecto que se considera, sin necesitar para ello de otra fuerza que la complete o complemente; debiendo efectuarse la apreciación de tal aptitud productora del resultado, atendiendo a lo que corrientemente acaece [40]. Habrá que examinar, entonces, cada caso en concreto a los fines de determinar la existencia o no de una relación de causalidad adecuada entre el hecho antijurídico que constituye la violación del deber de informar y el daño resultante de tal incumplimiento.

#### **a) Algunos precedentes extranjeros**

En otra oportunidad, y respecto de la tutela jurídica que merece la persona por nacer, hemos citado algunos precedentes de la jurisprudencia francesa en los que se hizo lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por los profesionales de la salud ante el incumplimiento del deber de informar a sus pacientes [41]. Recordaremos, a título de ejemplo, algunos de esos fallos y otros resueltos por la justicia española respecto de la cuestión que ahora nos ocupa. Esta síntesis nos permitirá examinar la amplia acogida que han tenido en los tribunales extranjeros las demandas por daños y perjuicios derivados de la negligencia médica en la obligación de informar. Las sentencias que comentaremos analizan supuestos de responsabilidad médica en el ámbito del diagnóstico prenatal, en el que la intervención del especialista en obstetricia consiste fundamentalmente en



---

determinar la estrategia de diagnóstico, que varía en función de la edad y otras circunstancias médicas de la mujer, y que se fija por el intercambio de informaciones entre paciente y médico. Por tanto, no se ha discutido en estos fallos sobre la realización de un acto médico, como la intervención del médico sobre el cuerpo de un paciente, sino sobre si éste informó, como era su deber, sobre los recursos disponibles para conocer el estado del feto dadas las características de la mujer. El 26 de marzo de 1996, la Sala Primera Civil de París pronunció dos sentencias que, por primera vez, admitieron la legitimación del niño, por sí mismo, para reclamar los daños y perjuicios derivados de la negligencia médica que impidió a su madre optar por la interrupción voluntaria del embarazo, al brindarle una información incompleta o errónea, o bien, al efectuar un diagnóstico inadecuado. En el primer caso mencionado, se trataba de una pareja con intención de tener descendencia que, ante la existencia de una anomalía hereditaria en el hombre, decidió, previamente, consultar al médico. El médico les indicó erróneamente que la procreación era viable y que el hijo no sería portador de la enfermedad de su padre. Ante el nacimiento de un niño con discapacidad, la Corte de Apelación resolvió que existía culpa por parte del médico y lo condenó, entonces, a indemnizar el daño causado a los padres y al hijo. La Corte de Casación revocó la sentencia. Consideró que de existir una relación de causalidad directa entre la falta cometida por el médico y la concepción de un niño con una enfermedad hereditaria, el mismo padre tendría que ser condenado a reparar las consecuencias dañosas. En una sentencia del Consejo de Estado del 14 de febrero de 1997 se planteó nuevamente el tema de la procedencia de la reparación al niño por su discapacidad. Se trataba de una mujer embarazada de cuarenta y dos años de edad que, contemplando el riesgo de traer al mundo un niño afectado de mogleismo, se presentó ante un hospital para hacerse el examen pertinente, comunicando a los médicos que, aunque el resultado fuera positivo, no tenía intención de interrumpir el embarazo. El resultado dio negativo. Sin embargo, el niño nació con discapacidad. La Corte Administrativa de Apelaciones de Lyon condenó al médico a indemnizar tanto a los padres como al niño. El Consejo de Estado confirmó la sentencia en cuanto al daño de los padres y condenó al hospital a pagarles una suma en concepto de daño moral, y otra suma mensual a título de daño material como consecuencia de los gastos que deberían afrontar en la educación especializada de su hijo. Sin embargo, revocó el fallo en lo relativo al daño propio del hijo por considerar que no existía una relación de causalidad directa entre el hecho culposo y la enfermedad del niño, que era inherente a su patrimonio genético. En el renombrado fallo "Perruche", la Corte de Casación Francesa, con fecha 17 de noviembre de 2000, admitió la legitimación para reclamar daños y perjuicios de un niño nacido con discapacidad debido al padecimiento de rubéola por su madre durante el embarazo. Sintéticamente, la plataforma fáctica del caso fue la siguiente. La señora Perruche consultó a su médico porque creía haberse contagiado de rubéola y suponía estar embarazada. Le comunicó que, en caso de resultar positivo el examen, optaría por interrumpir su embarazo. Realizado el primer análisis, éste arrojó un resultado negativo. Por el contrario, el segundo examen dio positivo. La contradicción entre los dos exámenes llevó a la realización de un tercer examen que corroboró el primer resultado. Paralelamente se confirmó el embarazo de la mujer. En 1983 nació Nicolás. El niño presentó problemas de visión, de audición, cardíacos y neurológicos, requiriendo, por su discapacidad, el cuidado permanente de un tercero. El matrimonio Perruche demandó al médico y al laboratorio, por derecho propio y en representación de su hijo. El Tribunal de Primera Instancia de Évry, condenó solidariamente a ambos demandados como responsables por los daños ocasionados. El 17 de diciembre de 1993 la Corte de Apelación de París confirmó la sentencia en lo relativo al daño moral de la madre, pero revocó la fijación del daño material a favor del niño. El 26 de marzo de 1996, la sala primera Civil de la Corte de Casación resolvió que existía relación de causalidad suficiente entre el hecho antijurídico y el daño provocado al niño, por lo que casó la sentencia y la reenvió a la Corte de Apelaciones de Orléans. El 5 de febrero de 1999 la Corte de reenvío entendió que dicha relación de causalidad no existía, no haciendo lugar a la demanda. La sentencia fue recurrida por los padres y llevada a la Corte de Casación francesa que, con fecha 17 de noviembre de 2000, resolvió, en pleno, que como las faltas cometidas por el médico y el laboratorio ante la obligación contraída obstaron a que la madre pudiera ejercer su derecho a interrumpir voluntariamente el embarazo y evitar el nacimiento de un niño con discapacidad, este último está legitimado para demandar la reparación del daño resultante de dicha discapacidad. El 13 de julio de 2001, la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación debió expedirse respecto de tres demandas de daños y perjuicios presentadas como consecuencia del nacimiento de tres niños con discapacidades congénitas. En el primer supuesto, se trataba de una niña que había venido al mundo con la espina dorsal bífida [42], provocándole ello graves secuelas (paraplejía completa de los miembros inferiores, dilatación de esfínteres e hidrocefalia). Los padres, por derecho propio y en representación de su hija, iniciaron una demanda contra los médicos ginecólogos, por su negligencia en la interpretación de las ecografías realizadas con posterioridad a la décima semana del embarazo, al no detectar en ellas las anomalías del feto y privar al matrimonio, por tanto, de optar por la interrupción del embarazo debido a estos motivos terapéuticos. En una primera instancia, se resolvió

---

favorablemente y se condenó a los médicos a pagar a los padres una suma en concepto de daño material (gastos devengados por la aseguradora médica y pérdida de chance) y de daño moral. Ahora bien, respecto de la indemnización reclamada en representación de la hija, se rechazó la demanda por entenderse que su discapacidad no era consecuencia de la negligencia médica, sino de una enfermedad congénita. Asimismo, se señaló que, aun si los padres hubieran estado debidamente informados, no podía afirmarse de manera cierta que se hubiera autorizado el aborto por motivos terapéuticos porque el diagnóstico de espina bífida había sido hecho en la trigésimo quinta semana de embarazo. La Corte de Apelaciones de Versailles, el 12 de junio de 1997, confirmó la sentencia apelada. En el segundo caso planteado, una mujer había dado a luz un niño que no tenía el brazo izquierdo, y su otro miembro superior derecho presentaba malformaciones. Los padres iniciaron una demanda por daños y perjuicios contra el médico ginecólogo por su negligencia en la interpretación de las ecografías realizadas luego de la décima semana del embarazo, al no detectar la discapacidad de su hijo y privarlos, en consecuencia, de interrumpir voluntariamente el embarazo en curso por razones terapéuticas. La Corte de Apelaciones de Metz, por sentencia del 6 de marzo de 1997, rechazó tanto la demanda de los padres como la del hijo. Señaló que no existía nexo causal entre la negligencia médica y las malformaciones del niño. Advirtió que no era posible afirmar que, de haberse detectado las anomalías, la interrupción del embarazo hubiera sido autorizada a la fecha del diagnóstico, ni tampoco que los padres hubieran pretendido ejercer este derecho. En el tercer caso, se trataba de un niño nacido con una malformación en el miembro superior derecho. Padece atrofia muscular en los dos tercios inferiores de su brazo, distrofia del codo, y atrofia tanto en el antebrazo (compuesto por un sólo hueso), como en la mano, reducida a un dedo. El matrimonio, había dado a conocer al médico su decisión de interrumpir el embarazo en caso de presencia de anomalías en el feto porque ya tenían un hijo con discapacidad. El Tribunal de Primera Instancia de Marsella condenó al médico al pago de una indemnización a los padres, por subestimar la malformación descrita y no haber realizado todo lo necesario para el estudio morfológico del feto, lo que indujo a la pareja a creer que su hijo era sano. Sin embargo, rechazó la reparación para el niño y sus hermanos por la inexistencia de una relación de causalidad directa entre la culpa grave del profesional y el daño causado. La Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence, con fecha 9 de abril de 1998, confirmó la sentencia apelada. Consideró que la posibilidad de interrumpir legalmente el embarazo es una opción estrictamente personal de la madre y, por lo tanto, no es transferible al hijo. En los supuestos mencionados se plantea nuevamente la cuestión resuelta por la Corte de Casación en el fallo "Perruche", aunque con una nota distintiva: en estos casos las anomalías sufridas por el feto no podían haber sido descubiertas sino después de la décima semana de embarazo. Recordemos que, transcurrido ese lapso, la ley sólo admite la interrupción del embarazo por motivos terapéuticos con la condición de que dos médicos comprueben que su prosecución pone en grave peligro la salud de la madre o que existe una fuerte probabilidad de que el niño sufra una afección incurable. La Corte de Casación francesa rechazó las demandas interpuestas en los tres casos mencionados, por entender que no se encontraban reunidas las condiciones médicas prescriptas por el artículo 2213-1 del Código de Salud Pública a los fines de admitir la interrupción del embarazo. Se resolvió que el requisito previo a la demostración de la existencia de una relación de causalidad entre la negligencia médica y los daños alegados lo constituye, según la ley, la fuerte probabilidad de que el niño por nacer presente una afección reconocida como incurable al momento del diagnóstico. Si este aspecto no puede afirmarse con certeza, no es posible concluir que existe una relación de causalidad directa entre el hecho antijurídico y el nacimiento con discapacidad. En las decisiones comentadas precedentemente, la Corte mantuvo la tesis sostenida en el caso "Perruche". Sin embargo, rechazó las indemnizaciones solicitadas debido a que no se encontraban cumplidas las condiciones exigidas por la ley para admitir la interrupción del embarazo. Con posterioridad a los precedentes recientemente analizados, en dos sentencias dictadas el 28 de noviembre de 2001, la Corte hizo lugar a la demanda de indemnización de daños y perjuicios producto del nacimiento de niños con discapacidad. En ambos supuestos se siguió la postura desarrollada en el caso "Perruche". En el primer caso, las circunstancias fácticas fueron las siguientes. Una mujer embarazada advirtió a su ginecólogo que su primer hijo (nacido por cesárea) había sido víctima de una toxemia resultante del mismo embarazo, lo que le había provocado problemas psicomotrices. Señaló, asimismo, que la hermana de su cónyuge tenía síndrome de Down y que temía por la salud de su hijo. Por todo ello, el médico ordenó la realización de los exámenes correspondientes, los que jamás se llevaron a cabo porque la joven perdió prematuramente el bebé. Nuevamente embarazada, la mujer fue atendida por el mismo ginecólogo que, en esta ocasión, omitió ordenar la realización de los exámenes adecuados para detectar alguna irregularidad en la salud del feto. El resultado fue el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Los padres solicitaron la reparación del daño que les había producido la discapacidad de su hijo, pero no demandaron indemnización alguna en representación del niño. El 3 de febrero de 1999, el Tribunal de Clermont-Ferrand hizo lugar a la demanda por daño moral ante el incumplimiento del

---

médico del deber de información que hubiera permitido al matrimonio optar por la interrupción del embarazo. Sin embargo, rechazó la condena por daño material. La sentencia fue confirmada por la Corte de Riom, el 16 de diciembre de 1999, aunque reducido el monto de la indemnización. Respecto de la reparación por el daño material solicitado por los padres por los gastos altísimos que les ocasionaba la crianza y educación de un hijo discapacitado, la Corte siguió el criterio esbozado por el tribunal de primera instancia. En este aspecto, rechazó la demanda por cuanto entendió que el síndrome de Down es una anomalía genética que no pudo haberse evitado aun de haberse realizado los exámenes necesarios. Por lo tanto, consideró que no existía una relación de causalidad adecuada entre la enfermedad del niño y la negligencia médica. Casada la sentencia, la Corte la confirmó en cuanto a la reparación del daño moral y la revocó en lo atinente a la reparación del daño material. Sostuvo que la falta médica consistía en la privación al matrimonio de una información que les hubiera permitido optar por la interrupción terapéutica del embarazo, o prepararse para recibir un segundo niño discapacitado. Señaló, finalmente, que la reparación del daño material solicitado era procedente por cuanto la discapacidad del niño se encontraba en relación de causalidad directa con la falta cometida. En el segundo caso resuelto, una mujer de 20 años dio a luz un niño con síndrome de Down. Durante la decimoctava semana del embarazo, su médico había ordenado la realización de los exámenes necesarios cuyos resultados, corroborados por las ecografías efectuadas, revelaron una discordancia entre un diámetro biparietal importante y un fémur extremadamente pequeño. Esos resultados eran tan alarmantes que justificaban una consulta especializada en genética. Sin embargo, el médico nada dijo a la paciente. La mujer demandó al ginecólogo por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad ante el Tribunal de Brest. El 11 de marzo de 1998 dicho tribunal condenó al médico a reparar los daños y perjuicios causados a la mujer ante la falta de información necesaria, al no permitírsele optar por la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, rechazó la reparación a favor del niño argumentando que no se puede hablar de daño ante la ausencia de un interés jurídicamente protegido. Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de Rennes, con fecha 15 de septiembre de 1999, confirmó la reparación a favor de la madre e hizo lugar a la indemnización a favor del niño. Se resolvió que el menor había sufrido una pérdida de chance como consecuencia de la falta médica. Esa pérdida de chance, se dijo, no da lugar a una reparación integral, sino sólo del cincuenta por ciento, porque la discapacidad del niño implica que éste goza del derecho a una asignación social especial por parte de la seguridad social francesa, que cubrirá parte de sus daños. Asimismo, se señaló que el monto de la asignación debida a título de asistencia de terceras personas debía ser reducido en caso de asistencia familiar, como el presente, por cuanto el niño se encontraba al cuidado de su madre, y no de terceros ajenos a la familia. Por estimar insuficiente el monto del resarcimiento, la mujer casó la sentencia. La Corte de Casación Francesa entendió que la negligencia médica había impedido a la mujer ejercer la opción de interrumpir su embarazo por motivos terapéuticos, estando en relación de causalidad directa con el daño ocasionado al niño por su discapacidad. Respecto del monto de la indemnización, la Corte decidió que la reparación debía ser integral, puesto que el daño del niño no era consecuencia de una pérdida de chance, sino de su discapacidad. El tribunal concluyó que las asignaciones sociales debidas a título de asistencia de terceras personas no deben verse reducidas por el hecho de que el enfermo se encuentre al cuidado de su madre. Casos similares se han presentado en España. Comentaremos, en primer término, un fallo resuelto por el Tribunal Supremo español, cuya plataforma fáctica es la siguiente. Una mujer de 40 años, madre de tres hijos y embarazada de dos meses y medio, consultó a su ginecólogo preocupada por el riesgo de tener un hijo con malformaciones debido a su edad. El médico le informó que no existía tal riesgo y que el embarazo se desarrollaba normalmente. El día 9 de octubre de 1989 la mujer dio a luz un niño afectado por el síndrome de Down. Los padres de la criatura reclamaron a la "Previsión Popular de Seguros SA" y al médico el pago de una indemnización por los perjuicios causados por derecho propio y en representación del niño y de sus otros tres hijos. El Juzgado de Primera Instancia N° 1 de Figueras condenó a la aseguradora y al médico a pagar solidariamente una indemnización al niño, a los padres y a sus hermanos. La Audiencia Provincial de Girona confirmó en lo sustancial la sentencia apelada. El médico y la compañía aseguradora recurrieron en casación y el Tribunal Supremo revocó la sentencia. Si bien calificó de negligente la conducta del médico por incumplimiento del deber de informar sobre las pruebas médicas necesarias para conocer el estado del feto, resolvió que no existía relación de causalidad adecuada entre el daño y la omisión médica, por considerar que no está al alcance de la ciencia médica evitar que el feto esté afectado por el síndrome de Down, incluso en el caso en que se hubiera detectado durante el embarazo. El tribunal destacó que la actuación diligente del médico no podía evitar la enfermedad: el síndrome de Down es una patología que afecta al feto desde el momento de la concepción, no la causa el médico ni puede curarse y lo único que se puede hacer es detectarla e informar a la madre, que es quien puede decidir sobre una posible interrupción del embarazo. En este caso, a pesar de que la mujer se encontraba, sin duda, entre la población en situación de riesgo de concebir un hijo afectado por el síndrome de



---

Down, el médico incumplió su obligación ya que no informó sobre el riesgo de tener un hijo con malformaciones, teniendo en cuenta la edad y las características concretas de la mujer; la existencia de pruebas para determinar el riesgo concreto de cada mujer de concebir un hijo con determinadas malformaciones; en el caso en que esta prueba indicara un riesgo superior al normal, la posibilidad de practicar una amniocentesis, su fiabilidad diagnóstica y el riesgo de pérdida fetal que su práctica supone en la mayoría de los casos y, en concreto, para aquella paciente, y los plazos en los que es posible legalmente la interrupción del embarazo en caso de diagnóstico de malformación. Esta falta de información y la afirmación del médico en el sentido de que no había peligro disiparon los temores de los actores, que se basaban en lo que cualquier persona sabe y las estadísticas confirman, respecto de la relación entre la edad de la madre y el riesgo de concebir un hijo con malformaciones. En síntesis, los actores actuaron, como suele suceder, de acuerdo con la confianza que habían puesto en el criterio del médico. La jurisprudencia española ha resuelto otros casos similares al que comentamos, negando en algunos la indemnización y admitiéndola en otros. Ello muestra que no hay una doctrina consolidada en estas cuestiones. En las sentencias que no han resuelto condenar a los médicos se ha determinado que no había existido negligencia ante la falta de información. Entre ellas, la Suprema Audiencia de Badajoz (1ª), el 31 de diciembre de 1999 negó la indemnización a una mujer de 29 años, sin antecedentes de riesgo, a quien no se le practicó la amniocentesis y tuvo un hijo con el síndrome de Down. En igual sentido resolvió la Suprema Audiencia de León, el 8 de marzo de 2001, en el caso de una mujer de 22 años sin riesgo, que tuvo un hijo afectado por malformaciones muy infrecuentes (1,03 de cada 100.000) y a quien se le habían aplicado los medios de diagnóstico adecuados. Y, finalmente, la Suprema Audiencia de Barcelona (11ª), el 5 de abril de 2001, negó la reparación a los padres de una niña nacida con síndrome de Cornelio Lange, muy difícil de detectar durante el embarazo y habiendo existido una gestación normal durante la que se practicaron las pruebas indicadas para embarazos sin riesgo. En estos casos, se resolvió que no había incumplimiento en el deber médico de informar, bien porque los padres, informados sobre las técnicas de diagnóstico, decidieron no someterse a ellas, o por considerar que las técnicas de diagnóstico fueron las adecuadas en relación a la información que tenía el médico sobre circunstancias que pudiesen indicar un riesgo personal de la mujer. En otros supuestos, ha sido el médico quien ha recomendado que no se realice la prueba, ya sea por el riesgo específico que su práctica supone para una determinada persona, o bien porque consideraba que no era necesaria. En este sentido, la Suprema Audiencia de León, con fecha del 15 de septiembre de 1998, ha negado indemnización a la madre de un niño down en un caso donde se había practicado el triple screening con resultado normal a la mujer -de 41 años- y el médico había recomendado que no se sometiera a la amniocentesis debido a la presencia de miomas uterinos y otros problemas. Por el contrario, las sentencias que han otorgado indemnización contienen la valoración como negligente de la actuación del médico, ya sea en la determinación de las técnicas de diagnóstico adecuadas al caso, en la falta de información sobre el fracaso de la prueba, o en la transmisión de sus resultados. Así, la Suprema Audiencia de Barcelona (11ª), con fecha 10 de octubre de 2001, resolvió indemnizar los daños y perjuicios causados a una mujer de 30 años, sin antecedentes de riesgo, cuyo niño nació con síndrome de Down, a quien no se le informó adecuadamente durante el embarazo y no se le practicó el triple screening como es habitual, aunque no preceptivo. En igual sentido resolvió la Suprema Audiencia de Madrid el 5 de mayo de 1998, en un caso en el cual una mujer se había medicado durante el embarazo por problemas de asma y no se le informó del riesgo que la medicación suponía para el feto ni se le hicieron las pruebas diagnósticas indicadas en estos supuestos, por lo que tuvo un hijo con diversas malformaciones, entre ellas hidrocefalia. La Suprema Audiencia de Málaga, el 31 de marzo de 2000, condenó al médico que hizo la extracción y al genetista que analizó el líquido amniótico de una mujer de 41 años que fue sometida a la amniocentesis, siendo el resultado de la prueba totalmente erróneo, ya que nació un niño con síndrome de Down. La decisión se fundó en la desproporción del daño en relación a lo que es habitual según las reglas de la experiencia invirtiendo, en este caso, la carga de la prueba. Por último, el Tribunal Supremo español, con fecha 6 de junio de 1997, otorgó la reparación a una mujer por el fracaso de la amniocentesis que no se comunicó con tiempo suficiente para repetir la prueba y, en su caso, interrumpir el embarazo.

## **VI. El derecho a la información en las leyes sobre salud sexual y procreación responsable y la obligación de informar a niños/as y adolescentes**

La ley 17.132, reguladora de la actividad médica en el orden nacional, no dispone expresamente la obligación que tienen los profesionales médicos de dar información a sus pacientes. Sin embargo, se entiende que dicho deber surge de la norma, principalmente cuando en su artículo 19 se refiere a la conformidad que se requerirá del paciente en determinadas situaciones. No obstante, existen otras regulaciones que imponen expresamente a los

---

profesionales e instituciones esta obligación. Dentro de estas leyes podemos citar nuevamente a las leyes 23.798, 24.913 [43] y a todas las que tratan temas referentes a la salud reproductiva y procreación responsable, las que serán analizadas en adelante con mayor detenimiento. En orden general, podemos decir que las leyes de salud reproductiva que tuvieron sanción en las distintas provincias, municipios e incluso en el ámbito nacional durante el último decenio [44] tienen como denominador común y eje central a la prevención. El cumplimiento de este fin normativo se satisface mediante la información que debe brindarse a todos los ciudadanos. A modo de ejemplo, podemos enumerar sintéticamente diversas formas adoptadas por las leyes que regulan la materia, individualizando en cada caso quién es el encargado de dar la información -es decir, el sujeto activo de la obligación- y quién el beneficiario de la misma: - Informar y asesorar a los pacientes por parte de los profesionales médicos consultados; - capacitar y asistir técnicamente a los agentes de salud por parte de las autoridades de aplicación; - educar a los estudiantes en edad escolar por parte de los establecimientos educativos [45]; - difusión publicitaria mediante campañas de comunicación masivas desarrolladas por el Estado [46]; - asistir técnicamente a las autoridades provinciales para la implementación de programas locales, por parte del Ministerio de Salud de la Nación (art. 11°, inc. b, de la ley 25.673). Como se puede observar, son muchos los responsables de hacer cumplir las disposiciones de las normas mencionadas, pero en atención al tema que nos convoca nos limitaremos a la obligación en cabeza de los médicos en relación con los pacientes que los consultan. En principio, corresponde conocer quiénes son los profesionales y las instituciones médicas que deben cumplir con esta obligación ya que las leyes sancionadas no son unánimes en este sentido. Así, la ley nacional [47] impone a los prestadores públicos y privados que den cobertura a las demandas de los beneficiarios del Programa. Por su parte, la ley rionegrina [48] enfáticamente dispone que tanto los servicios médico-asistenciales públicos como así también los privados quedan comprendidos en el Programa Provincial de Salud Reproductiva y Sexualidad Humana. No ocurre lo mismo en el caso de otras leyes, como la de la Provincia de Mendoza, la cual establece que "El Programa de Salud Reproductiva será ejecutado en los centros sanitarios del Gobierno de Mendoza [...] y en la Obra Social de Empleados Públicos" [49]. Claramente quedan excluidos los servicios privados y los públicos dependientes de los municipios, lo que se confirma cuando más adelante se invita a los municipios a incluirse dentro de la currícula escolar a partir de la educación primaria y aclara que los contenidos serán específicos de acuerdo a las edades de los estudiantes. La ley 4545 de la Provincia de Chubut impone esta obligación en su art. 6°, pero a partir del Tercer Ciclo de EGB y Nivel Polimodal, es decir, cuando los estudiantes ya ingresaron en la adolescencia. sumarse a la iniciativa provincial. También lo circunscribe al ámbito de la salud pública la ley 5133 [50] de la Provincia de Jujuy y la ley 11.888 de Santa Fe, si bien no es tan explícita como la mendocina. Otras normas, como las de Neuquén, Chubut y La Pampa, en cambio, no se expiden al respecto, dando lugar a diversas interpretaciones. Sin perjuicio de las aclaraciones que hagan las respectivas leyes en cuanto a quiénes deben brindar la información dentro de los diversos programas, consideramos que corresponde hacerlo a todos los profesionales de la salud en todos los ámbitos en que se desempeñen. Esta interpretación no es caprichosa sino que se desprende de la jerarquía que gozan los derechos a la salud reproductiva en nuestro país, más aún a partir de la reforma constitucional del año 1994 [51]. Más allá de la inclusión del derecho a la salud reproductiva dentro del artículo 33 de nuestra Carta Magna (ya sea con autonomía o como parte del derecho a la salud), hay normas claras en los tratados internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22) que lo receptan, principalmente en la Convención sobre los Derechos del Niño (en especial el art. 24) y en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 12, inc. 1, 14, inc. 2.b, y 16, inc. 1.e). Es por ello que la obligación de informar respecto de temas atinentes a la salud reproductiva de los pacientes es inherente a todos los profesionales médicos, sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes locales [52]. Por otra parte, debemos analizar el contenido de la información que se debe transmitir al paciente. En este sentido, las leyes entienden que los médicos deben informar y asesorar respecto de todos los métodos anticonceptivos naturales y artificiales existentes (en general destacan que deben estar aprobados por el Ministerio de Salud de la Nación). El detalle de la información contendrá todos los métodos existentes, el uso de los mismos, las condiciones para su empleo, los beneficios y perjuicios que pueda tener cada uno de ellos, el tratamiento que debe seguir el paciente antes, durante o con posterioridad al uso, las contraindicaciones, los efectos adversos, los plazos para su utilización, los riesgos, los porcentajes de eficacia, etcétera. Asimismo, esta información se complementará en cada caso particular con el asesoramiento en cuanto a cuál de todos ellos es el que aconseja para el paciente y los motivos por los cuales lo hace. Es dable destacar que esta información y asesoramiento para el caso particular del consultante no obligan al médico a prescribir o suministrar su uso al paciente, ya que esto excede la información. Esta salvedad está relacionada con el tema de la objeción de conciencia que será tratado en el apartado subsiguiente. Los destinatarios de la información, que incluye el asesoramiento, son todos los ciudadanos en forma genérica y todas las leyes así lo disponen [53]. Sin embargo

---

existe una discusión muy reñida propiciada por ciertos grupos vinculados a las esferas más cerradas de la fe cristiana [54] que entienden que no es admisible bajo ninguna circunstancia que los menores de edad sean receptores de este tipo de medidas por cuanto -entienden- este tema es inherente al ejercicio de la patria potestad. Al respecto -y en honor a la brevedad- sólo remarcaremos que el derecho a la salud reproductiva es un derecho personalísimo y, como tal, excede la esfera de la representación y debe ser ejercido por el propio interesado, con más razón cuando éste es un menor con capacidad suficiente para comprender y ejecutar actos relativos a su sexualidad [55]. Por otra parte, la ley civil dispone en el artículo 286 del Código que los menores adultos pueden reconocer hijos sin autorización de sus padres y, como contrapartida, éstos pueden ser demandados civilmente a efectos de procurar un reconocimiento remoto y a pagar los daños y perjuicios por la falta de reconocimiento oportuno. Por lo tanto, no se le puede impedir el acceso a los métodos de planificación familiar ya que estas responsabilidades recaen sobre quien concibió y no sobre sus padres, quienes se oponen al ejercicio del derecho a la información [56]. Por su parte, la jurisprudencia inglesa ha sido precursora en el tema en oportunidad de sentenciar en el conocido caso "Gillick", donde se reconoció la capacidad de los menores de dieciséis años para recibir asesoramiento y prestar su libre consentimiento para someterse a prácticas anticonceptivas, en función de su capacidad [57]. Tampoco debemos dejar de lado lo que manifestáramos previamente respecto de la aplicación del principio de libertad de intimidad que debe gobernar la vida de todos los ciudadanos, entre los cuales no corresponde excluir a quienes aún no han alcanzado la mayoría de edad. Cabe poner de resalto que las leyes incluyen expresamente a los menores de edad dentro del grupo de beneficiarios. Así, la ley de Chubut, en su artículo 3º, dice que los destinatarios primordiales del programa son los niños, adolescentes y madres solas, y la ley de la Ciudad Autónoma dispone que los destinatarios primordiales son las personas en edad fértil (art. 5º) y más adelante garantiza acciones destinadas a los adolescentes. En este sentido también se discute si la información se les puede suministrar a los menores de edad que se presenten solos ante los servicios de asistencia médica o bien se lo puede hacer pero sólo con la expresa autorización de sus representantes. Podemos encontrar una respuesta a este tema en algunas de las leyes sancionadas, como ser las leyes de Santa Fe, Chubut, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la ordenanza dictada por la Municipalidad de Vicente López, las cuales propician, siempre en la medida de lo posible, la participación de los padres. Esta participación no se puede dar de otro modo por cuanto si se lo intenta hacer de manera obligada como condición para que los niños y adolescentes puedan tener acceso a los programas, es muy probable que éstos desistan de recibir información. Es sencillo suponer que los temas sexuales inhiben a los adolescentes frente a sus padres y que la imposición de presentarse a recibir información en forma conjunta los alejaría de los recursos en lugar de acercarlos a ellos y dar cumplimiento a los programas estatales [58]. La única norma que establece que los padres pueden oponerse a que sus hijos reciban información en las escuelas (no así respecto de las consultas en los centros de salud) es la ley de la Provincia de Jujuy, disposición que consideramos contraria a los preceptos constitucionales vigentes. Destacamos que este tema ha sido tratado recientemente en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde se resolvió por mayoría que las personas menores de edad debían tener acceso a los programas de salud reproductiva y procreación responsable, sin que existiera la necesidad de asistencia de sus progenitores, ya sea para recibir información como así también prescripción de los métodos anticonceptivos legalmente permitidos. Consecuentemente, queda claro que todas las personas, sin importar su edad, tienen derecho a conocer los métodos existentes en materia de contracepción y a asesorarse en cuanto a su uso. La información que deben proporcionar los médicos en cuanto a los temas que competen a la salud sexual y reproductiva de los niños y adolescentes debe ser especialmente detallada y deberá adecuarse al grado de comprensión del consultante, considerando su edad. También corresponderá brindar asesoramiento social y psicológico respecto de la posibilidad de mantener o no relaciones sexuales tomando en cuenta las necesidades y requerimientos de los adolescentes. Por lo tanto, será obligación de los profesionales informar y disipar las dudas de los pacientes de todas las edades que se presenten en consultas relacionadas con temas de salud reproductiva y planificación familiar, siendo responsables en caso de omisión o negligencia en el cumplimiento de este deber.

## **VII. Elementos de la responsabilidad civil ante el incumplimiento del deber de informar exigido en las leyes de salud reproductiva y procreación responsable**

Resulta complejo determinar la responsabilidad que cabe a los profesionales de la salud ante el incumplimiento del deber de informar en el marco de la legislación sobre salud reproductiva y procreación responsable. Creemos que hay dos tipos de cuestiones que deben ser claramente diferenciadas: la responsabilidad que puede generarse por el contagio de enfermedades venéreas o HIV ante la concreción de relaciones sexuales sin haber

---

recibido información adecuada sobre los métodos para prevenir tales enfermedades -habiéndosela requerido, obviamente-, y la responsabilidad derivada de un embarazo no deseado por no haber recibido la información necesaria para prevenirlo. Respecto de la primera cuestión, probado el incumplimiento del deber de información, corresponde la reparación por el daño material (daño emergente y/o lucro cesante) y/o el daño moral derivado de tal omisión. El daño emergente consistirá en las pérdidas sufridas o, mejor dicho, los perjuicios concretos patrimoniales que la transmisión de las enfermedades venéreas o el HIV pueden ocasionar (gastos médicos en general, por ejemplo). El lucro cesante comprenderá todas aquellas ganancias dejadas de percibir ante el padecimiento de la enfermedad. El daño moral será reparable en la medida que se pruebe el sufrimiento causado por la enfermedad, el que resulta bastante elocuente en situaciones de esta naturaleza. Por último, podrá reclamarse daño psicológico (partiendo de la postura doctrinaria que lo considera como un rubro independiente del daño moral), por los perjuicios psíquicos que la enfermedad pudiera ocasionar. El segundo supuesto mencionado resulta más complejo, puesto que aquí se estará reclamando un daño ante el nacimiento de un hijo no previsto que nace sano (a diferencia de los casos analizados en el punto V.a). En el Derecho anglosajón son conocidos como *wrongful conception*, *unwanted pregnancy* o *birth of an unwanted child* [59] y en el español como anticoncepciones fallidas [60]. Dentro de estas posibilidades quedan abarcados distintos supuestos, algunos que conforman mala praxis (como ocurre en los casos de operaciones de esterilización mal practicadas) y otros de negligencia en el deber de informar (cuando el profesional omite una oportuna información relativa a las consecuencias del método anticonceptivo empleado), a los cuales nos referiremos. También cuadran dentro de estos supuestos los casos en que los métodos se manifiestan defectuosos o ineficaces, resultando sujetos pasivos de la reparación el Estado (que debió actuar con diligencia al momento de autorizar la circulación del método) y/o el laboratorio que se ocupa de su fabricación. En el contexto de nuestro bloque de constitucionalidad, el derecho a la libertad de procrear (derecho inherente a la planificación familiar) se inscribe en el marco de la libertad de intimidad reconocida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. En esos términos, y conforme a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -ya citadas- la libertad reproductiva incluye como elementos constitutivos: a) La elección de procrear, con quién y con qué medios; b) la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar; c) la elección de cuándo reproducirse, y d) la elección de cuántos hijos tener [61]. Por lo tanto, el hecho antijurídico presupuesto de la responsabilidad civil, en este caso se traduce en la violación del derecho subjetivo de la pareja, y de la mujer, principalmente, a elegir cuándo, cómo, con quién y en qué circunstancias desea tener descendencia. Se trata de una modalidad de la libertad inalienable, discrecional y estrictamente personal de la pareja. En cuanto a la reparación del daño extrapatrimonial, el Tribunal Supremo de España, en una sentencia del 3 de octubre de 2000, sostuvo que el daño moral podría resultar de la lesión del "poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma" y que al frustrar la decisión sobre la propia paternidad o maternidad, se restringe "la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto afecten al minimum ético constitucionalmente establecido" [62]. La libertad reproductiva puede entenderse, entonces, como la posibilidad de elegir que la reproducción no tenga que ocurrir, por ejemplo, en circunstancias que den lugar a privaciones injustas [63] o a padres que por diversos motivos -falta de edad suficiente, falta de educación, falta de trabajo, etcétera- no deseen tener hijos aún. En este sentido, el tribunal recientemente referenciado, con fecha del 25 de abril de 1994 resolvió condenar a un médico por no haber brindado la información necesaria respecto de los resultados de una vasectomía solicitada por el paciente ante su deseo de no tener más hijos. El profesional, luego de varios análisis, le expresó al denunciante que podía mantener relaciones sexuales puesto que no había posibilidades de que su mujer quedara embarazada. Meses después, el matrimonio tuvo gemelas [64]. En la sentencia se dispone expresamente que la suma presupuestada no satisface el daño moral sino que la misma es una ayuda para la alimentación y crianza de los niños [65]. En igual sentido, un fallo reciente -también español- condenó a un médico obstetra a pagar la suma de 240 euros mensuales hasta la mayoría de edad de un niño nacido a pesar de haber sido la madre sometida a una ligadura de trompas, por no habersele informado en su momento que la técnica era reversible. La solución de estos casos resultan a todas luces adecuadas, por cuanto se ha obligado al pago de suma de dinero para la satisfacción de las necesidades mínimas e indispensables del niño que se procuró no concebir. No se trata de indemnizar a la madre por haber tenido un hijo, como si el nacimiento en sí mismo fuera algo dañoso, sino de prestar la colaboración necesaria a la familia para que ese niño mantenga un nivel de vida adecuado. En relación al nexo causal, corresponderá probar que la falta de información o de una información adecuada privaron a quienes concibieron un niño no previsto de la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para no engendrarlo.

---

## VIII. La objeción de conciencia de los profesionales médicos: ¿es un eximente de responsabilidad?

La objeción de conciencia es el ejercicio de la libertad de conciencia, gracias al cual una persona no puede ser obligada a realizar un acto que le está prohibido por sus convicciones morales o religiosas [66]. Este principio tiene sustento en la libertad de intimidad del artículo 19 de la Constitución y en los artículos 14 y 33 del mismo cuerpo legal. En la relación médico-paciente, la objeción de conciencia está relacionada frecuentemente con el derecho que tienen los enfermos a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo y a impedir que sean sometidos a prácticas terapéuticas que no comparten [67]. Sin perjuicio de ello, debe entenderse que los profesionales y las instituciones también gozan de esta prerrogativa constitucional y, como consecuencia de ello, pueden abstenerse de intervenir en prácticas que se oponen a principios morales íntimos. Esta objeción "constituye la faz negativa de la libertad de conciencia: esfera de inmunidad de coacción que excluye toda intromisión que coarte la sincera convicción de la persona o su libre adhesión a los principios que en conciencia se consideran correctos o verdaderos. La persona se rehúsa a hacer -ora excusándose ora rechazando- todo aquello que contraría tales postulados íntimos" [68]. El tema de la salud reproductiva -podríamos decir- es una excepción a la regla y la discusión central sobre el tema versa sobre la opinión de los profesionales que tienen que informar y prescribir el uso de métodos de contracepción. En este punto la rivalidad está relacionada con el empleo de métodos que para un sector resultan abortivos (como los dispositivos intrauterinos y la píldora del día después), los anticonceptivos hormonales y los métodos de barrera y la aplicación de los métodos naturales. Aquí, una vez más, está presente la voz de los sectores religiosos que, cuanto más cerrados, menos métodos de anticoncepción aceptan y proclaman. Por su parte, los médicos e institutos de salud que se vinculan con estas creencias, se niegan con firmeza a suministrar a sus pacientes algunos (o todos) de los métodos existentes. La pregunta que sigue es: ¿es correcta esta actitud por parte de profesionales que prometieron satisfacer las necesidades de los ciudadanos en materia de salud? La respuesta se divide en dos: la primera de ellas está relacionada expresamente con el tema que nos ocupa, es decir, con el deber de informar; la otra, con la práctica de las terapias a las que ellos se oponen. Respecto del deber de informar, el médico -como dijimos- tiene que hacer un comentario objetivo sobre los métodos legales existentes y a los que puede tener acceso el paciente. Este deber de informar del médico es la contracara del derecho a la información que tiene el paciente. Por lo tanto, la objeción de conciencia del médico colisiona con otro derecho de jerarquía constitucional, en cabeza del paciente. La solución entre esta lucha de derechos debe resolverse en beneficio del más débil dentro de la relación, es decir, el paciente, quien tiene derecho a conocer cómo cuidar su cuerpo y preservar su salud y la fuente de información más idónea a la que puede recurrir es el profesional médico de su confianza. Esta obligación no impide al médico asesorar en base a su postura, indicando las razones científicas que lo avalan. La segunda parte de la respuesta, relacionada con la prescripción, no tiene la misma solución y en la colisión de derechos, prevalecería el derecho del médico, el que sólo podría quedar desplazado por el derecho del paciente a someterse a una práctica o uso de algún método contrario a su moral en algún caso extremo y como último recurso. En el supuesto de no coincidir con la opinión del paciente, los profesionales están obligados a indicar el lugar o la forma en que puede acceder al recurso pretendido; de no ser así, se estaría contrariando su derecho a la salud. Aunque parezcan similares las situaciones hay que comprender que no es lo mismo el deber de informar que el de indicar un tratamiento dado. Lo importante para destacar es que en el primero es ésta la única forma que tiene la persona para conocer cómo cuidar su salud, y la omisión por parte del profesional viola este derecho. Esta información no siempre se puede suplantar con la delegación a un tercero porque la confianza del paciente está, generalmente, puesta en la persona que lo atiende. Las leyes sobre salud reproductiva no cuentan en sus textos con normas que dispensen al profesional de actuar en ejercicio de su libertad de conciencia. Sólo lo disponen expresamente la ley nacional (art. 10) y la ley de la Provincia de Santa Fe (art. 4º). No obstante, creemos que esta omisión de la normas no implica que los equipos médicos no puedan invocar este derecho por cuanto "resulta irrelevante la ausencia de una norma expresa que prevea el derecho a la objeción de conciencia [...] ya que éste se encuentra implícito en el concepto mismo de persona, sobre el cual se asienta todo el ordenamiento jurídico" [69]. Se ha dicho que la objeción de conciencia debe ser respetada siempre que sea idónea, lo que significa que el profesional que invoque la objeción de conciencia debe acreditar que la praxis autorizada violenta sus creencias o convicciones íntimas -sinceridad y seriedad en su oposición-, y oportuna, es decir, que su decisión no ponga en peligro cierto ni la vida ni la salud del paciente, para lo cual debe procurar ser reemplazado a tiempo (adecuada instrumentación) [70]. La ley nacional ciñe a la objeción de conciencia en cabeza de las "instituciones privadas de carácter confesional", excluyendo a otro tipo de instituciones, como así también a los profesionales que trabajan en la esfera de la salud pública. En este sentido criticamos la norma y consideramos que debe entenderse con mayor amplitud en función de los derechos comentados [71]. Sin



---

embargo creemos acertada la mención expresa en cuanto a qué puede dispensarse de realizar un profesional invocando la objeción de conciencia, cuando remite únicamente al artículo 6°, inciso b, que es el que indica la prescripción y el suministro de métodos y elementos anticonceptivos. La ley santafesina no distingue los límites que debe tener este derecho pero creemos que debe ajustarse a lo referido previamente, a la prescripción y suministro pero no a la información. En todos los casos, los profesionales deben poner en conocimiento de los pacientes cuáles con sus convicciones a fin de poder dar libertad a los consultantes de requerir métodos que se ajusten a su moral. Por lo tanto, los profesionales médicos que no informen en virtud de sus propias convicciones están incumpliendo con el deber de informar que les impone el ordenamiento jurídico, como así también lo hacen quienes omitan datos en base a estos fundamentos.

## **IX. La obligación del Estado**

El artículo 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que el Estado es responsable de respetar y garantizar los derechos de los individuos. La obligación de respetar genera responsabilidad del Estado de adoptar medidas para asegurar que los individuos se encuentren protegidos de conductas que violen sus derechos. Es que el deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en el terreno de la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [72].

La Opinión Consultiva 7/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado una descripción de las obligaciones que competen a los Estados, que puede sintetizarse del siguiente modo:

- a) Respetar los derechos;
- b) garantizar su libre y pleno ejercicio;
- c) si tal ejercicio no está ya garantizado por el Derecho interno, se suma el deber jurídico de adoptar todas las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones, y
- d) tales medidas pueden ser legislativas o de otra índole.

Esta postura ha sido ratificada a partir de 1992 por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha consagrado la operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales y la necesidad de la adecuación de la normativa y la jurisprudencia nacionales a tales preceptos, so pena de generar la responsabilidad de nuestro Estado por no cumplir con los deberes a los que se ha obligado al firmar tales acuerdos [73].

En este contexto, el artículo 75, inciso 23 de nuestra Carta Magna establece entre el cúmulo de obligaciones que le depara al Congreso de la Nación, "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Se trata de una disposición expresa, clara y directa por la cual se obliga al Estado a asumir un rol activo para el efectivo goce de los derechos reconocidos en la propia

Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos que la integran.

El derecho a la salud, como ya adelantamos, es un derecho humano fundamental ligado estrechamente al derecho a la vida. Es por ello que constituye para el Estado una preocupación primordial crear los mecanismos y herramientas necesarios para que dichos derechos sean reconocidos a todos los ciudadanos, y garantizar el acceso a los servicios asistenciales públicos o privados para el pleno y efectivo goce del derecho a la salud, de rango constitucional, de manera de respetar el derecho a la igualdad de todos los habitantes de la Nación, reconocido en el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

El Estado debe, entonces, promover y facilitar las prestaciones y servicios sanitarios necesarios en condiciones de igualdad efectiva. Debe atender, en particular, a la protección y la promoción de la salud integral y a la atención sanitaria médica y farmacológica, brindando los servicios correspondientes cuando la actividad privada resulte insuficiente o excesivamente onerosa, ya sea mediante planes de salud, la creación de centros asistenciales o la provisión de determinados medicamentos y/o tratamientos médicos en hospitales públicos, incluyendo la elaboración de vacunas contra enfermedades endémicas. En tales obligaciones, reside el principio bioético que hemos denominado "de justicia" [74].

Los avances teóricos en torno a la tríada Estado-familia-niño, a la luz de los postulados introducidos por la

---

Convención sobre los Derechos del Niño, permiten afirmar que hay un amplio consenso en favor de que el Estado -a través del dictado de acciones positivas- apoye y/o contenga a la familia, en la firme convicción de que así se facilita a los niños y adolescentes las herramientas esenciales hacia el reconocimiento y efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales [75].

En materia de salud reproductiva, el Estado tiene, entre otras, la obligación de dar información veraz y objetiva, en un lenguaje claro y accesible, sobre las modalidades y alcances de la salud reproductiva y la procreación responsable [76].

El deber de informar del Estado, que se proyecta a los establecimientos públicos sanitarios, educativos y de promoción social, parte de la función educadora y preventiva que le compete en el marco de la protección del derecho humano a la salud. La maternidad adolescente, el HIV/sida, las enfermedades de transmisión sexual, la morbimortalidad infantil y la paternidad responsable, como cuestiones que atañen a los derechos sexuales y reproductivos, son situaciones susceptibles de ser abordadas mediante la ejecución de acciones positivas de carácter preventivo.

Promover, difundir, concienciar, informar, educar, como así también entregar material -en este caso anticonceptivos-, constituyen, sin lugar a dudas, acciones eminentemente preventivas [77].

Las políticas preventivas son las únicas que poseen la capacidad de actuar antes de que acaezcan situaciones susceptibles de derivar en violación de derechos. Es por ello que el deber de informar en asuntos concernientes a la salud sexual y reproductiva de niños y adolescentes adquiere tal trascendencia. Es que, en definitiva, disponer de la información necesaria resulta ser una condición sine qua non para el ejercicio y plena satisfacción de los derechos fundamentales de niños y adolescentes en el marco de la libertad de intimidad reconocida en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

La responsabilidad del Estado, ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas mediante los tratados a los que ha adherido, queda comprometida en cuanto legislador, en cuanto administrador y en cuanto juez. El Estado legislador debe dictar las normas necesarias para cumplir los tratados -sobre todo cuando en éstos hay normas programáticas que obligan a su desarrollo mediante ley interna-, debe omitir dictar leyes opuestas, y debe reformar o sustituir o derogar las que son incompatibles. Como juez, el Estado debe aplicar los tratados, descartar las normas internas incompatibles o contrarias, suplir los vacíos normativos internos remitiendo al Derecho Internacional, y garantizar el debido proceso. Finalmente, en cuanto administrador, la obligación del Estado se proyecta a toda la esfera de funciones y actividades que no encuadran en la legislativa ni en la judicial [78].

Uno de los aspectos más relevantes de la responsabilidad del Estado resulta ser el de las omisiones en que éste incurre. Tanto en el Derecho Internacional como en nuestro Derecho interno, la omisión origina responsabilidad cuando existe un deber estatal de actuar y tal deber jurídico no se ha cumplido.

## **X. A manera de conclusión**

A lo largo del presente trabajo hemos estudiado la responsabilidad que compete a los profesionales de la salud ante el incumplimiento del deber de informar. Nos hemos referido, en particular, a la responsabilidad que les cabe ante la falta de prescripción de la información adecuada y necesaria sobre salud sexual y reproductiva a los niños y adolescentes que se acercan a los establecimientos públicos y privados de la salud en los términos que las diferentes legislaciones establecen.

La exposición se ha limitado al enfoque de los aspectos jurídicos que el tema plantea, sin ahondar en argumentos metajurídicos.

Sabemos que el abordaje de los múltiples aspectos que plantea el tratamiento y regulación legal de la salud reproductiva se proyecta sobre diferentes cuestiones; principalmente, sobre cuestiones morales, éticas, religiosas y sociales.

Las creencias morales y religiosas personales no deben interferir en el análisis de la cuestión que nos ocupa. El artículo 19 de la Constitución reconoce la autonomía de todos los habitantes de la Nación para desarrollar su vida social, personal y espiritual, conforme a sus propias convicciones, mientras los derechos de terceros no se vean afectados. Es por ello que el derecho subjetivo a recibir información adecuada sobre salud sexual y procreación responsable permanece dentro de la esfera privada y el ámbito de libertad de intimidad de cada niño y adolescente, sin que nadie pueda interferir alegando la necesidad de respetar creencias religiosas o pautas morales que no necesariamente son aceptadas por toda la sociedad.

Desde lo social, son de público conocimiento las consecuencias que genera la falta de información adecuada

---

sobre salud reproductiva: abortos clandestinos, enfermedades venéreas, HIV/sida, embarazos infantiles y adolescentes, etcétera.

Lamentablemente, para muchas mujeres, el aborto se presenta como una única opción ante un embarazo no deseado. Así, se someten a una experiencia ingrata a causa de una intervención realizada en condiciones de aislamiento emocional, encubrimiento, pobreza, y falta de higiene y esterilización necesarias. El "derecho al aborto" se reserva a quienes pueden costear la intervención, mientras quienes carecen de los recursos necesarios deben someterse a prácticas altamente riesgosas para la vida de la madre [79].

Aun cuando resulta difícil establecer la cifra, se calcula que se realizan más de 500.000 abortos por año [80], gran parte practicados en mujeres menores de 20 años. Las complicaciones derivadas de ellos son la primera causa de internación en los hospitales públicos y constituyen la tercera causa de muerte de mujeres en edad de procrear [81].

El 2,5% de las internaciones en los hospitales municipales se deben a complicaciones derivadas del aborto, con un promedio anual de 3.600 intervenciones por esta causa. En el año 2002 fueron tratadas en hospitales públicos unas 78.800 mujeres por abortos mal realizados, de las cuales el 80% tenían menos de 20 años de edad. La tasa de mortalidad por causas obstétricas representa un tercio del total. Esta tasa de mortalidad acrece notablemente en jurisdicciones como Formosa, Chaco, Jujuy y Santa Cruz [82].

Se producen complicaciones como perforación de úteros, lesiones en las trompas, insuficiencia renal o infecciones. El 35% de las muertes de adolescentes embarazadas se deben a complicaciones derivadas del aborto [83].

El alto índice de fecundidad adolescente es otra de las problemáticas que ha debido sufrir nuestra población en las últimas décadas. En el año 2001, de 683.495 partos ocurridos en todo el país, 97.060 correspondieron a adolescentes entre 15 y 19 años -es decir, el 14.2%- y 3.022 a niñas menores de 15 años o sea, el 0,4% [84].

En la Ciudad de Buenos Aires, alrededor de 4.000 jóvenes de entre 10 y 19 años llegan cada año a las salas de maternidad de los hospitales públicos para dar a luz a sus bebés. El 55% carece de pareja estable; el 4% son menores de 16 años; una de cada diez queda embarazada antes del año de su primera menstruación; el 15% no vive con su familia y el 33% no llega a completar su escolaridad primaria [85].

Estas cifras nos muestran, ante todo, la marcada inequidad social en el acceso a los métodos anticonceptivos de acuerdo a la edad y a la condición social y educativa de la mujer.

En el ámbito científico se afirma que la maternidad a edad temprana trae efectos negativos para la mujer y el hijo, alguno atribuibles a la inmadurez biológica y psicológica de las niñas, pero muchos derivados de su situación social. A ello se suma que la tasa de mortalidad infantil se duplica en niños nacidos de madres adolescentes menores de 20 años y además estas criaturas tienen mayores posibilidades de tener menor peso, deformaciones congénitas o bien no pueden madurar adecuadamente.

A esto cabe agregar que dos tercios de los casos de sida se contagian a través de relaciones sexuales sin protección y que el 60% de los adolescentes no utiliza preservativos [86].

Parece lógico concluir, entonces, que concebir un hijo para una adolescente en el contexto de las necesidades básicas insatisfechas y donde no cuenta con sus padres, no es producto de una elección, sino el resultado del desconocimiento y su situación sumergida [87].

Por último, y respecto del contagio del HIV/sida, podemos señalar que para el 31 de mayo de 2002, la cantidad de casos notificados de enfermos de sida en todo el país era de 21.865 y la tasa de la enfermedad era de 60 enfermos por cada 100.000 habitantes [88]. Debemos destacar que estos datos no incluyen a aquellas personas que tienen en su sangre el virus de HIV pero no han manifestado aún la enfermedad.

Todo ello debiera hacernos reflexionar sobre la responsabilidad que compete a los profesionales de la salud, más allá de sus convicciones personales, y al Estado, en última instancia, de brindar toda la información exigida por la ley a los niños y adolescentes para llevar a cabo una vida sexual plena y sin riesgos en el marco de su intimidad y libertad individual.

---

[1] CAYUSO, Susana Graciela, El derecho a la salud: un derecho de protección y de prestación, en MACKINSON, Gladys J. (dir.), Salud, Derecho y Equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética, alimentos y desarrollo, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 29.

[2] CORTI, Horacio G., El régimen jurídico-constitucional de la ley de presupuesto, la familia y el carácter expansivo de los derechos humanos, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y

---

Jurisprudencia, dir. por Cecilia P. Grosman, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, N° 22, p. 17.

- [3] El art. 42 es la única norma constitucional que expresamente alude a la salud, cuando dice que los consumidores y usuarios tienen "derecho", en la relación de consumo, "a la protección de su salud".
- [4] Así, el derecho a la salud ha sido reconocido expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 3°, 8° y 25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. 8° y 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4°, inc. 1°; 5°, inc. 1°; 19 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°, inc. i. iv), la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 12) y la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3°, 6°, 23, 24 y 25).
- [5] CORTI, ob. cit., p. 18.
- [6] VIDIELLA, Graciela, El derecho a la salud, Eudeba, Buenos Aires, 2000, p. 8.
- [7] CSJN, 16-10-2001, "M., M. c/M. S. y A. S.", Supl. Constitucional de L. L. del 23-8-2002, p. 39.
- [8] CAYUSO, ob. cit., p. 37.
- [9] GRACIA GUILLÉN, Diego, La ética del juramento hipocrático, en Supl. de Bioética de J. A. del 23-7-2003, ps. 14 y ss.
- [10] Del fallo SU-337/99 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, 12-5-99, en Justicia y Derechos del Niño, N° 4, Unicef, Buenos Aires, 2003.
- [11] STIGLITZ, Rubén S. y STIGLITZ, Gabriel A., Derechos y defensa del consumidor, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 186.
- [12] WEINGARTEN, Celia, Contrato y responsabilidad médica. El deber de informar y el consentimiento informado (Una visión crítica), en GHERSI, Carlos A. (dir.), Relación médico-paciente, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997, p. 38.
- [13] FOUCAULT, Michel, El orden del discurso, Tusquets, Barcelona, 1999, p. 22.
- [14] KOHN-LONCARICA, Alfredo G. y OUTOMURO, Delia, El poder de la medicina y el derecho a la información del enfermo, en Poder político y libertad de expresión, Sociedad Científica Argentina, Instituto de Ciencia Política y Constitucional, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 218.
- [15] FOUCAULT, ob. cit., p. 39.
- [16] FOUCAULT, ob. cit., ps. 41 y 42.
- [17] El art. 8° de la ley 23.798 se refiere al deber de informar que pesa sobre los profesionales de la salud que detecten el virus del HIV o posean presunción fundada de que un individuo es portador, de informarle sobre su contagiosidad, formas de transmisión y las precauciones que debe tomar para no afectar a terceros, así como su derecho a recibir asistencia adecuada.
- [18] El art. 13 de la ley 24.193 sobre trasplante de órganos impone la obligación de advertir a dadores y receptores "de manera suficiente, clara y adaptada al 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 las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor".
- [19] Así, el Código de Deontología Médica de la Confederación Médica de la República Argentina determina que han de informarse las razones de cualquier medida diagnóstica o terapéutica, cuando se las solicite y siempre que hacerlo no sea perjudicial para el paciente.

- 
- [20] ALTERINI, Atilio A. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., Responsabilidad profesional: el experto frente al profano, en L. L. 1989-E-847.
- [21] KRAUT, Alfredo Jorge, Médicos y deber de información: responsabilidad civil en casos de incumplimiento, en AMEAL, Oscar J. (dir.), GESUALDI, Dora M. (coord.), Derecho Privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 1600.
- [22] WEINGARTEN, ob. cit., p. 52.
- [23] KOHN-LONCARICA y OUTOMURO, ob. cit., ps. 217 y 218.
- [24] CASADO, María, Una bioética para el siglo XXI: de pacientes a ciudadanos, en BERGEL, Salvador D. y MINYERSKY, Nelly (coords.), Bioética y Derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 94.
- [25] HOOFT, Pedro Federico; HOOFT, Irene y GIORGI, Mariano, Esterilización, en GARAY, Oscar Ernesto (coord.), Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal, La Ley, Buenos Aires, ps. 559 y ss.
- [26] KRAUT, Médicos y deber de información... cit., p. 1595.
- [27] Informe Final de la National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, que propuso principios éticos básicos, luego sistematizados por T. L. Beauchamp y James F. Childress en una obra clave para la bioética: Principles of Biomedical Ethics de 1979.
- [28] Así, el inc. 3° del art. 19 de dicha ley dispone que "los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a [...] 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 casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz".
- [29] Ver HOOFT, HOOFT y GIORGI, ob. cit.; KRAUT, Alfredo, Ausencia de consentimiento médico: La decisión por otro, en J. A. del 19-2-97; del mismo autor, Deber de información y derecho a la información, en J. A. 1992-II-832; ALBANESE, Susana, El derecho de los pacientes a recibir información, en E. D. del 18-11-94; BIDART CAMPOS, Germán, La salud propia, las conductas autorreferentes y el plexo de derechos en el sistema democrático, en E. D. 165-360.
- [30] WEINGARTEN, ob. cit., p. 53.
- [31] BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Buenos Aires, 1989 (6ª ed.), p. 21.
- [32] Conf. arts. 505, 631, 658, 740, 902 y 1066, Cód. Civ.
- [33] LLAMAS POMBO, Eugenio, Comentario a la sentencia del 25 de abril de 1994, CCJC N° 36, p. 965.
- [34] KRAUT, Alfredo J., Responsabilidad civil por daños derivados de fallas en el deber informativo, en J. A. 1999-IV-976.
- [35] WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos A., La responsabilidad médica. El derecho de información y decisión del paciente. El estado de necesidad. El consentimiento y la aceptación de riesgos, en L. L. 1998-E-1165.
- [36] WEINGARTEN y GHERSI, ob. cit., p. 1171.
- [37] ALTERINI, Atilio A.; AMEAL, Oscar J. y LÓPEZ CABANA, Roberto M., Curso de Obligaciones, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 180.



- 
- [38] ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. I, ps. 205 y 210.
- [39] ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, ob. cit., t. I, p. 289.
- [40] LLAMBÍAS, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 306.
- [41] Ver MEDINA, Graciela, FAMÁ, María Victoria y REVSIN, Moira, Tutela jurídica de la persona por nacer frente al Derecho de Daños. Jurisprudencia francesa y norteamericana, en Revista de Derecho de Daños, N° 2002-2, Menor dañino y menor dañado, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 269.
- [42] Malformación congénita que consiste en la fisura de uno o más arcos vertebrales posteriores, que puede complicarse en una hernia de meninges o de la médula espinal.
- [43] Ver supra punto III, y notas al pie 17 y 18.
- [44] La primera ley provincial se sancionó en la Provincia de La Pampa en el año 1991 (ley 1363) y hubo que esperar cinco años para que otras provincias copiaran esta iniciativa.
- [45] En particular, la ley 3059 (t. o. ley 3450) de la Provincia de Río Negro dispone en su art. 8°: "Los establecimientos educativos de todo el ámbito provincial, incorporarán efectivamente la enseñanza sobre educación sexual desde el preescolar. A partir del ingreso a la enseñanza media, se incluirá asesoramiento e información sobre prevención de embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual, como así también de los servicios de los centros asistenciales públicos a los cuales recurrir". Por su parte, el art. 5° de la ley 2222 de la Provincia de Neuquén también especifica que el tema debe
- [46] En este ítem destacamos lo prescripto en los arts.: 2°, inc. b, de la ley 8535 de la Provincia de Córdoba; 2°, inc. c, de la ley 4545 de la Provincia de Chubut; 2°, inc. c, de la ley 4276 de la Provincia de Chaco; 7°, inc. I, de la ley 418 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 4°, inc. g, de la ordenanza 14.843 de la Municipalidad de Vicente López (Prov. de Buenos Aires), y en el decreto reglamentario de la ley 2222 de la Provincia de Neuquén.
- [47] Ley 25.673, publ. en el B. O. el 22-11-2002.
- [48] Ley 3059, sancionada el 19-12-96, modificada por la ley 3450, del 12-10-2000.
- [49] Art. 3° de la ley 6433, sancionada el 22-10-96.
- [50] Del 3-6-99.
- [51] En este sentido ver FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa y REVSIN, Moira, ¿Hasta cuándo relegaremos a la salud reproductiva de la nómina de los derechos fundamentales?, en L. L. Supl. Constitucional, del 2-12-2002, p. 31, y BAS-TERRA, Marcela, En un valioso precedente, la justicia convalida una ordenanza de salud reproductiva, en J. A. 2002-III-516.
- [52] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Ley Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable. Ley 25.673. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 39.
- [53] La ley nacional en su art. 3° prescribe: "El programa está destinado a la población en general, sin discriminación alguna".
- [54] Entre las acciones iniciadas podemos destacar los fallos: "Meda de del Río, Mónica y otros c/Municipalidad de Vicente López" y "Durán de Costa, Mabel y otro c/Municipalidad de Vicente López", ambos de la sala 1 ' de la CCCom. de San Isidro, de los días 7-4-2002 y 7-5-2002, respectivamente; "Esteva s/Amparo", JN1 'Inst.Civ., N° 34; "Mujeres por la Vida-Asociación Civil sin fines de lucro (filial Córdoba) c/Estado Nacional", CFed. de Córdoba, sala A, 19-3-2003.
- [55] BIDART CAMPOS, Germán, Patria potestad y autonomía personal de los hijos, en L. L. del 7-9-2000.

- 
- [56] MEDINA, Graciela, Bioética, libertad sexual y Derecho. Libertad de elección sexual, libertad de contracepción, libertad de cambio de sexo. Límites y responsabilidades, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 21 (Bioética y Derecho de Familia), dir. Cecilia Grosman, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 111.
- [57] Cit. por BASTERRA, ob. cit.
- [58] FAMÁ, HERRERA y REVSIN, ob. cit.
- [59] Últimamente se prefiere el uso de los dos últimos términos puesto que no hay nada equivocado en cuanto a la concepción y el nacimiento.
- [60] MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos, en [www.indret.com](http://www.indret.com), Girona, 2001.
- [61] GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 24.
- [62] TS, sala 3 ' , in re "Ángel, G. A. c/Insalud, INSS y TGSS".
- [63] GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 24.
- [64] Fallo comentado por KRAUT, Responsabilidad civil por daños... cit., ps. 977 y ss.
- [65] TS, sala 1 ' , in re "Antolín, N. T. y María Teresa D. S. c/José María y otros".
- [66] TINANT, Eduardo L., Aborto terapéutico, principio pro minoris y objeción de conciencia del profesional, en J. A. 1998-IV-298
- [67] El caso más paradigmático es el de la negativa de los Testigos de Jehová a ser transfundidos.
- [68] C1 'CCom. de La Plata, sala III, in re "Sosa, Miguel A. s/Certif.", cit. por HOOFT, HOOFT y GIORGI, ob. cit.
- [69] Del voto en disidencia de Cavagna Martínez y Boggiano, 6-4-93, in re "Bahamondez, Marcelo s/Medida cautelar", 316:487.
- [70] TINANT, Aborto terapéutico... cit.
- [71] GIL DOMÍNGUEZ, ob. cit., p. 83.
- [72] Del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29-7-88, "Velásquez Rodríguez".
- [73] Del fallo de la CSJN, 7-7-92, "Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros", E. D. 148-338.
- [74] TINANT, Eduardo L., Los derechos humanos a la luz de la bioética, en Supl. de Bioética de J. A. del 23-7-2003, ps. 86 y ss.
- [75] FAMÁ, HERRERA y REVSIN, ob. cit.
- [76] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, Reglas de reconocimiento constitucional: patria potestad, bioética y salud reproductiva, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, dir. por Cecilia P. Grosman, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, N° 21, p. 58; del mismo autor, Ley Nacional de Salud Sexual... cit., p. 40.
- [77] FAMÁ, HERRERA y REVSIN, ob. cit., p. 35.
- [78] BIDART CAMPOS, Germán, La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional, en BUERES, Alberto J. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dirs.), Responsabilidad por daños en el tercer milenio, libro homenaje al Profesor Dr. Atilio A. Alterini, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, ps. 425 y ss.

- 
- [79] En este sentido ver VARGAS LLOSA, Mario, La verdadera hipocresía, en diario La Nación del 14-12-2002, p. 23.
- [80] Informe de la Fundación Argentina Contra el Aborto, diario Clarín del 27-11-2000.
- [81] Ministerio de Salud, Dirección de Estadística e Información de Salud, La salud de las madres, los niños y las niñas, una apuesta por la vida, Ministerio de Salud, Secretaría de Atención Sanitaria, citado por GROSMAN, Cecilia P., Los derechos del niño y adolescente al cuidado de su propio cuerpo y, en especial, a la protección de su salud reproductiva, Ciclo de Mesas Redondas en homenaje al Dr. Roberto M. López Cabana, Año 2000, Anuario Departamentos de Derecho Privado, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2001, p. 194.
- [82] Ministerio de Salud, Dirección de Estadística e Información de Salud, ob. cit., nota 14.
- [83] Datos publicados en el diario Clarín, del 21-4-91.
- [84] Datos suministrados en las Jornadas sobre Salud Sexual y Procreación Responsable organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, llevadas a cabo el 8 y 9-4-2003 en la Ciudad de Buenos Aires.
- [85] Datos publicados en el diario La Nación, del 23-11-99, El lado oscuro de la maternidad.
- [86] Datos del Ministerio de Salud, suministrados por la Dra. Diana Galimberti en una conferencia sobre Salud Reproductiva realizada en la Facultad de Derecho de la UBA el 27-3-2003.
- [87] GROSMAN, ob. cit., p. 196, nota 14.
- [88] Datos suministrados en las Jornadas sobre Salud Sexual y Procreación Responsable organizadas por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, llevadas a cabo el 8 y 9-4-2003 en la Ciudad de Buenos Aires.

© Rubinzal Culzoni. Todos los derechos reservados. Documento para uso personal exclusivo de suscriptores a nuestras publicaciones periódicas y Doctrina Digital. Prohibida su reproducción y/o puesta a disposición de terceros.