

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SUS LÍMITES

POR JOSÉ W. TOBÍAS

Anticipo de “Anales” - Año LXIV  
Segunda Época - Número 57

Octubre de 2019

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Vicepresidente

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Secretarios

Académico *Dr. José W. Tobías*

Académico *Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

Académico *Dr. Alberto B. Bianchi*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)  
[www.academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org)

Se terminó de imprimir en el mes de diciembre de 2019.

# EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y SUS LÍMITES

POR JOSÉ W. TOBIÁS<sup>1</sup>

## I. Una cuestión terminológica

La muy extendida terminología de “consentimiento informado” (el equivalente a “*informed consent*”; o “*consenso informato*” o “*consentement eclaire*” en otros idiomas y legislaciones; su recepción expresa en los arts. 58 y 59 del nuevo Código y, antes, en la ley 26.529)<sup>2</sup>, me han inducido a incorporarlo al título de la comunicación, no obstante mantener el punto de vista que más apropiado es aludir al “asentimiento del paciente” o más bien, a la “voluntad jurídica del paciente” (para precisar que ella puede ser afirmativa o negativa a la propuesta profesional) o, en todo caso, a la “voluntad del paciente conscientemente prestada”<sup>3</sup>.

Sucede, en realidad, que “informado” no es el consentimiento sino lo es el paciente que expresa su voluntad y no hay, en rigor, una voluntad convergente (o coincidente) del paciente y el profesional sino una manifestación unilateral del primero que, como acto, es el final de un proceso al que se califica comúnmente de “consentimiento informado”.

La terminología, no obstante, puede aceptarse siempre que se tenga en claro que se esta en presencia de una manifestación unilateral del paciente que concluye con un proceso que busca resaltar la previa importancia de la

---

<sup>1</sup> Comunicación del académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de octubre de 2019.

<sup>2</sup> Emplea también la expresión el “Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biotecnología y la medicina (Protocolo de Oviedo). Los proyectos de reforma del Código Civil emplean la palabra “consentimiento” (art. 112 Proyecto 1998; art. 120 Proyecto del ejecutivo de 1993).

<sup>3</sup> TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, T° II, p. 156 y ss.; BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, 2ª ed., p. 161.

interacción con el profesional y que posibilita valorar el itinerario previo que concluye con el asentimiento, el modo del esfuerzo colaborativo del profesional, el contenido y el tiempo dedicado a la información; la claridad con que se ha dado, etc<sup>4</sup>.

Se ha afirmado, a propósito de ello, que solo en el ámbito de la disciplina de un proceso es posible valorar adecuadamente la voluntad del paciente y la confusión y la angustia que a veces conviven con el uso de la razón: atender al proceso de formación de la voluntad, posibilita valorar y garantizar las condiciones del proceso y no solo del acto que lo concluye y que constituye el final del itinerario<sup>5</sup>.

Lo cierto es que, independientemente del aspecto terminológico, la importancia atribuida a la voluntad del paciente, reemplaza hoy a los criterios de épocas —no tan lejanas— en que predominaba el paternalismo o imperialismo médico (asentado en la idea que era el experto —el profesional— quien estaba en mejores condiciones, por sus conocimientos, para evaluar la mejor decisión para el profano —el paciente— y ello justificaba una limitación a su autonomía en virtud de los motivos de beneficencia).

---

<sup>4</sup> HIGHTON, Elena-WIERZBA, Sandra, *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*, Ad-hoc, p. 69 y s.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, p. 167 y s.; BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, 3ª. ed., p. 159; TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil-Parte general*, La Ley, Tº II, p. 157. En rigor, no obstante el epígrafe de “consentimiento informado”, es la precisa caracterización que formula el art. 59 del nuevo Código (“... es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada...” de los ítems que enumera). En ese orden, debe precisarse que el asentimiento del paciente es diverso al consentimiento en el contrato medical. En el primer caso, acepta la alternativa terapéutica propuesta por el profesional y, en el segundo, concluye un contrato del que deriva la obligación del profesional de realizar el tratamiento y, en su caso, la obligación del paciente de pagar los honorarios (CAITANE, Giovanni, *La responsabilità del professionista*, Dott. A. Giuffrè, Milano, p. 265; TOMASI, Sara, “Consenso informato e disciplina dell’attività medica”, *Riv. Critica del Diritto Privato*, año XXI-3, pp. 556 y ss. Es cierto, como afirma ORGAZ, Alfredo, “El consentimiento del damnificado”, *LA LEY*, 150-965), que en la mayor parte de los casos ambas manifestaciones de voluntad coincidirán en una, pero ello no impide la necesaria precisión conceptual y, además, no sucederá siempre. Así, cuando el tratamiento médico se realiza sin que medie como fuente un contrato sino a raíz de una disposición legal o administrativa, como lo sería —por ejemplo— el reconocimiento médico para el ingreso a la universidad, en donde —sin embargo— es evidente que el asentimiento del particular es necesario. También, MAYO, Jorge A., “La autonomía de la voluntad en el ámbito de la medicina”, *RRCS*, año XX, núm. 11, pp. 283 y ss. Comp., sin embargo, NICOLAU, Noemí, “El acto jurídico personalísimo. Instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos”, en *Estudios de derechos personalísimos - Homenaje a Santos Cifuentes*, Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, para quien se está en presencia de un acto jurídico bilateral.

<sup>5</sup> ZATTI, Paolo, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, p. 253 y s..

Establecido, al menos como regla general, que la licitud de cualquier tratamiento, intervención o práctica médica esta supeditada a la voluntad de quien, por la naturaleza de los intereses en juego (la propia salud o vida), es el arbitro único e irremplazable de la situación, se imponen formular dos agregados relevantes: **a)** como lo señala un autor “ocuparse del consentimiento informado significa analizar relaciones y decisiones que se insertan en las condiciones de fatiga, de fragilidad, de enfermedad y de batallas, de minusvalía, de ausencia de autosuficiencia, de declinación de las fuerzas y de la vitalidad, de vejez y deseos de morir”<sup>6</sup>; **b)** no es posible aludir a una declaración voluntaria del paciente si no está precedida de una particular relación comunicacional con el profesional que transmita los elementos de juicio relevantes que posibiliten una decisión informada (y que contemple especialmente, además –como se insinúa en a)– la situación de vulnerabilidad en que, muchas veces, se encuentra el destinatario de la información).

Aquí, a partir de las indicadas consideraciones básicas, la comunicación se circunscribe a considerar unos pocos temas que se estiman de importancia y actualidad o que han dado lugar a controversias (prescindiendo, por ello, del análisis sistemático del tema y de su regulación en el nuevo Código, que he considerado en otra oportunidad)<sup>7</sup>.

## II. El evento adverso y el deber de información: “un silencio embarazoso”

Establecido que el llamado “consentimiento informado” reviste el carácter de regla cardinal del ordenamiento, una cuestión que se ha calificado como de un “silencio embarazoso”<sup>8</sup> es la de determinar cual ha de ser el comportamiento del profesional cuando se han verificado acontecimientos dañosos posteriores al tiempo en que el paciente expresó el consentimiento

---

<sup>6</sup> ZATTI, Paolo, *Il proceso del consenso informato*, en *I nuovi diritti nell' integrazione europea: la tutela dell' ambiente e del consummatore*, Cedam, p. 214, it., por GRAZIADEI, M., *Il consenso informato e i suoi limiti*, en *Trattato di Biodiritto*, ob. cit., p. 204.

<sup>7</sup> Me he ocupado del tema en otras oportunidades, TOBÍAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, ob. cit., Tº II, p. 156 y ss.

<sup>8</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en “Trattato di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, *I diritti in medicina*, Giuffrè, p. 231 y s, quien invoca para ello estudios empíricos de los que resulta que en su país, los médicos se abstienen de comunicar a sus pacientes errores sanitarios de los que derivan daños significativos.

al tratamiento médico. Son los casos del acaecimiento de contingencias adversas previsibles e informadas previamente o de eventos adversos previsibles no informados o eventos dañosos culposos o del suceder de riesgos no conocidos al inicio del tratamiento consentido.

Interesa señalar inicialmente que el proceso comunicativo del profesional con el paciente es un evento continuo que se desarrolla a todo lo largo del tratamiento y que, por lo tanto, no se agota con el deber de información inicial. Comprende, por lo tanto, la evolución del itinerario del tratamiento, su acontecer, su desarrollo y, por lo tanto, los inconvenientes y eventos acaecidos. Ningún sentido tendría considerar que el deber del médico abarca la información preventiva de algunos riesgos para considerar luego que, acaecido el evento dañoso, no existe el deber de comunicarlo.

En el derecho europeo el punto de referencia principal –respecto del punto más conflictivo como lo es el comportamiento culposo dañoso– está regulado en la ley francesa del 4 de marzo de 2002 (conocida como ley Kouchner, en razón del nombre del Ministro de Salud que la promovió) que dispone “quien resulte o se considere víctima de un daño imputable a una actividad sanitaria de prevención o de diagnóstico o de un tratamiento médico o sus descendientes si la persona ha fallecido o, en su caso, su representante legal, deben ser informados por el médico o la estructura sanitaria, o lo servicios sanitarios u otro organismo involucrado, de las circunstancias y las causas del daño”<sup>9</sup>. La misma fuente consagra la obligación de informar al paciente riesgos nuevos que no pudieron ser identificados a la época del inicio del tratamiento<sup>10</sup>.

En el derecho italiano, el “Manual para la formación de operadores sanitarios sobre la seguridad del paciente y la gestión del riesgo clínico”, emanado del Ministerio de Salud de ese país, contiene indicaciones operativas de la existencia de ese deber de información<sup>11</sup>.

En el Reino Unido, a su vez, rige el llamado “*duty of candour*” (deber de franqueza), que consiste en el deber impuesto a los servicios sanitarios

<sup>9</sup> Incorporado al “Coda de la santa publique”, art. L. 1124-4.

<sup>10</sup> “Cuando en un momento posterior al tratamiento, a la cura o a las acciones de prevención se identifiquen riesgos nuevos, la persona interesada debe ser informada”.

<sup>11</sup> Se recomienda a toda entidad sanitaria la formación de un protocolo acerca de las modalidades de comunicación de eventos adversos de modo de asegurar la adopción de comportamientos homogéneos de parte de todo el personal (GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informito e i suri limita*, en “Tratatto di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 237).

públicos de informar a los pacientes la presencia de un error sanitario que comprometió la cura y colaborar, de ese modo, con las Cortes para que arriben a un correcto resultado y de paso mejorar las estadísticas de los servicios de salud (prescindiendo, de ese modo, de aspirar a ganar un litigio a cualquier costo)<sup>12</sup>.

El interrogante, en suma, es el de establecer el alcance del deber de información, es decir, si este comprende, luego del consentimiento inicial, la comunicación del acaecimiento de los eventos adversos previsibles –informados o no– y de los riesgos desconocidos al momento del consentimiento (incluyendo sus consecuencias). La contestación afirmativa se impone, no solo porque, según lo dicho, el deber de información del profesional subsiste a lo largo de todo el tratamiento, sino porque se lo debe considerar un resguardo de la mejor gestión de la actividad sanitaria y de la protección y expectativas del paciente. Más significativamente, la existencia de tales deberes de información, están directamente vinculados a los principios de la dignidad y autonomía del paciente (de los cuales emana el discurso acerca del consentimiento informado).

### III. La calidad de la comunicación

Una particularidad relevante para determinar si se está en presencia de un consentimiento “libre” –luego de recibir información clara, precisa y adecuada, como lo impone el art. 59 del nuevo Código–, se relaciona con las circunstancias, la oportunidad y el ambiente en que se produce la información y la declaración del paciente.

Un pronunciamiento ilustrativo es el resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *I.V. v. Bolivia* (30/11/2016). La actora, en el marco de una operación cesárea, experimentó la pérdida permanente de su función reproductora (salpingoplastia bilateral). El Tribunal consideró que no se trataba de una urgencia o emergencia terapéutica<sup>13</sup> que la actora, por la envergadura de la intervención que se le estaba practicando (cesárea), se

---

<sup>12</sup> Regulation 20: (Health and Social Care Act 2008).

<sup>13</sup> Debe distinguirse cuidadosamente la indicada hipótesis en aquella en que el profesional descubre una patología más grave que la diagnosticada o se ve enfrentado a una contingencia no culposa e imprevista, que requiere un procedimiento distinto al informado para evitar comprometer la salud o vida del paciente (en cuyo caso la actitud del profesional puede encuadrarse como un estado de necesidad ( TOBÍAS, Jose W. en Código Civil y Comercial comentado, Tratado exegético, La Ley, 3ª. ed., T. I, p. 775).

encontraba en una situación de vulnerabilidad y estrés; que la información que se le pudo haber suministrado se realizó en un lugar inadecuado (el quirófano) y de manera inoportuna (en el acto quirúrgico), sin que la paciente hubiera tenido oportunidad de “reflexionar y comprender” las consecuencias de la decisión que estaba tomando (debido a la ausencia de un plazo razonable de reflexión que posibilitase entender que la información fue cabalmente comprendida). Consideró, en definitiva, que el galeno no había obtenido un consentimiento personal libre, previo, pleno e informado<sup>14</sup>.

Se infiere de todo ello que algunas de las pautas a considerar negativamente son la presentación de información relevante en proximidad del evento (como cuando se la brinda en oportunidad de ser llevado al quirófano) o cuando el paciente ya se encuentra bajo los efectos de o la anestesia o cuando lo expresa bajo los efectos de un sedativo suministrado por el médico o cuando el cirujano especialista fija una fecha próxima para la cirugía imposibilitando la consulta con el médico de familia la oportunidad del tratamiento propuesto.

Otro aspecto relevante –a partir de la consideración que el deber de información, al menos como regla, debe ser integral– se vincula con la prudencia y solidaridad humana con que ella debe ser suministrada (*supra* núm. I); caracterizado por esfuerzos de persuasión (no de presión) y, sobre todo, computando la incidencia en la salud del paciente, abarcativa esta como comprensiva del resguardo del equilibrio psíquico. Muy vinculado con el tema de la existencia (o no) del llamado “privilegio terapéutico” –cuestión a la que me he referido en otras oportunidades<sup>15</sup> –, puede al menos afirmarse que en los casos en que se concluye que existe el deber de informar un diagnóstico y pronóstico gravísimo, el modo de hacerlo debe, entre otras particularidades, resguardar la autonomía del destinatario, evitando desestabilizar su salud psíquica: es que el deber de información del médico no impone la brutalidad y supone, en cambio, el deber de computar las condiciones de salud psíquica, la transmisión de los márgenes de esperanza existentes; evitar la sobreestimación de la situación patológica y, en su caso, la de resaltar las facultades del paciente para enfrentar la enfermedad (con el auxilio de la asistencia psicológica, de considerárselo necesario).

---

<sup>14</sup> Un análisis del fallo, en BANCOFF, Pedro, “El derecho a la salud, el consentimiento informado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Rev. RSS*, año XX, núm. 12, p. 45.

<sup>15</sup> TOBIÁS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, T° II, p. 165 y s.



Paradójicamente, los avances tecnológicos que conducen a que un número cada vez mayor de pacientes busquen información previa en Internet o las redes sociales, acentúa la importancia de la comunicación coloquial entre ambos: la mayor información que aquello supone, (como profano que es el paciente) no excluye la necesidad que le sea precisado por el experto lo que lee, para poder asimilarlo, distinguirlo y, en todo caso, para subsumirlo en la situación concreta, no sin destacar que también en este ámbito hay las llamadas “fake news”.

En otro orden, es una práctica lamentablemente extendida en nuestro país, la presentación de formularios escritos que contienen la información del tratamiento –muchas veces en un lenguaje técnico poco aprehensible para un profano– no suministrada en forma personal por el médico y presentados para su firma por algún auxiliar no profesional.

Independientemente de que términos manifiestamente genéricos (“he sido informado de los riesgos” o “he sido informado de las consecuencias de la no realización de la práctica” o similares) carecen de la idoneidad para tener por cumplido el deber de información, es perceptible, además, que el documento tampoco es idóneo para reemplazar la comunicación coloquial entre paciente y médico (única que posibilita al paciente interpelar al médico sobre sus incertezas y a éste contestarlas). Por lo demás, siendo que el lenguaje debe adecuarse a las particularidades de comprensión de cada paciente, además de adaptarse a su estado psíquico, el documento escrito no es, por lo general, un medio apropiado de comunicación y es insuficiente, por lo tanto, para sustituir el coloquio con el profesional (sobre todo en el caso de intervenciones complejas en que las alternativas posibles no se presentan con particular claridad).

En otro orden, la circunstancia que el paciente sea, a su vez, un médico, no libera al profesional tratante de su deber de información, aunque puede atribuir características especiales a la información (por ejemplo, posibilitar un lenguaje más técnico), sin prescindir de considerar que el paciente médico puede no ser especialista en la rama de la medicina de que se trata o que su profesión no le posibilite confrontar y discutir las perspectivas del tratamiento con su colega<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en “Tratatto di Biodiritto”, diretto da S. Rodotà - P. Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 243.

#### IV. Valor a atribuir a la negativa del paciente

Prescindiendo de considerar aquí el valor a atribuir a la negativa del paciente cuando se presentan situaciones que pueden posibilitar considerarlo un acto involuntario (la presencia de coacciones internas significativas, como miedo, dolor, sufrimiento, o depresión significativas que condicionan la decisión y desestabilizan la escala de valores) o coacciones externas significativas, (como lo podrían ser la incidencia de problemas económicos para afrontar los costos) o, cuando la negativa constituye una forma larvada u ostensible de suicidio y hay ausencia de motivos atendibles<sup>17</sup>, me detendré en el valor a atribuir a la negativa del paciente fundada en convicciones religiosas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como es sabido, se ha pronunciado en la conocida causa “Bahamondez” haciendo prevalecer la voluntad del paciente fundado en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas (testigo de Jehová) y su dignidad<sup>18</sup>, criterio que reiteró en Albarracini Nievas<sup>19</sup>.

Algunas dudas que sirven para intentar precisar más el alcance del valor atribuido a la autonomía del paciente, sin embargo, suscitan los casos en que la declaración negativa del paciente Testigo de Jehová, debe evaluarse bajo el prisma de su actualidad o de las circunstancias que rodean a la declaración.

En relación a lo primero, un antecedente judicial puede ser ilustrativo acerca del valor a atribuir a la oportunidad temporal de la negativa y al estado de salud en que se la emitió: se había denegado judicialmente la transfusión de sangre a un paciente testigo de Jehová que se hallaba inconsciente, sobre la base de un documento médico de cierta antigüedad

---

<sup>17</sup> He analizado esas cuestiones en otro lugar, TOBÍAS, Jose W., Tratado de Derecho Civil-Parte general, La Ley, T° II, p. 168 y s.

<sup>18</sup> Se trataba de un paciente cuya vida parecía depender de una transfusión de sangre, a la que se negaba fundado en sus convicciones religiosas (La Ley 1993-D-132). El criterio del fallo es recogido por otros pronunciamientos (CCiv. y Com. 15ª Non., Rosario, ED 162-624; CNCiv. Núm. 9, LL 1987-A-84; CNCiv., Sala G, L. 1996-C-390; C5ª Civ. y Com. Minas Paz y Trib., Mendoza, LL 1997-F-609) y por un sector de la doctrina: RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil-Parte general*, Abeledo Perrot, 5ª Ed., t° I, p. 722; SAGÜES, Nestor P., “¿Derecho constitucional a no curarse?”, LL 1993-D-132; HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra, *La relación...*, cit., p. 507; BIDART CAMPOS, Germán, “La transfusión y la objeción religiosa de conciencia”, ED 124-113.

<sup>19</sup> CSJN L-L 2012-D-245. El Tribunal confirmó el rechazo de una medida cautelar promovida por el padre de una persona joven que por sus creencias religiosas –era testigo de Jehová– se negaba a aceptar una transfusión de sangre que se presentaba como necesaria para compensar hemorragias sufridas en ocasión de un robo con armas de fuego.

que rechazaba la transfusión y el mismo día, horas después del fallo denegatorio, el paciente recuperó a la conciencia y prestó su asentimiento para la transfusión<sup>20</sup>.

Lo atinente a la incidencia de las circunstancias que rodean a la negativa, puede también evaluarse en base a una causa que debió resolver la Casación italiana, en que desconoció el valor de la negativa del paciente expresada en circunstancias en que no se encontraba en peligro inminente de vida, si el cuadro clínico posterior se desarrolló de modo drástico e imprevisto, con peligro de vida, a cuyo fin consideró legítima la actitud de los médicos que practicaron la transfusión –estando el paciente inconsciente– por entender que el rechazo anterior no era operante en razón del posterior desarrollo de la situación<sup>21</sup>.

Una nueva hipótesis, también resuelta por la Casación italiana, se plantea respecto del valor a atribuir a un documento en papel que el paciente Testigo de Jehová llevaba consigo (con una declaración “no sangre”) en oportunidad de ingresar inconsciente y con peligro de vida a la guardia de un hospital. Al negar valor a la declaración –con el argumento que la negativa debió formularse luego que el paciente fuera advertido de la gravedad de la situación y de las posibles consecuencias de la negativa–, la Corte dejó, sin embargo, a salvo el principio según el cual una declaración expresa de la que surja inequívocamente la voluntad de impedir la transfusión comprensiva de las hipótesis de peligro de vida, debió haber sido considerada como válida<sup>22</sup>.

En las causas mencionadas, parece subyacer la consideración que el valor a atribuir a la declaración del rechazo a la transfusión cuando hay peligro de vida, requiere que la voluntad para esa hipótesis esté prevista especialmente y resulte de manera inequívoca, a lo cual alguna doctrina

---

<sup>20</sup> Sobre ese pronunciamiento, HIGHTON, Elena - WIERZBA, Sandra M., *La relación médico-paciente: el consentimiento informado*, Ad-Hoc p. 496 y ss.

<sup>21</sup> Foro Italiano, 2007; I, p. 1711, cit. por GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limite*, en *Trattato di biodiritto*, cit. p. 239

<sup>22</sup> Cas. Saz III, 15/09/2008, Foro Ir. 2009, I, 36, cit. por GRAZIADEI, Michelle, ob. cit., p. 239. Se ha afirmado que es discutible que una resolución de ese tipo pueda ser reiterada luego de la sanción de la ley núm. 122 del 22 de diciembre de 2017 que, además de consagrar de modo expreso el derecho del paciente a rechazar en todo o en parte cualquier procedimiento diagnóstico o terapéutico (art. 1) no especifica acerca de la necesidad que la negativa sea expresa luego de que el paciente sea advertido de su estado y los riesgos correlativos a su decisión (PERFETTI, Ubaldo, *La responsabilità civile del medico tra legge ce. Gelli e nuova disciplina del Consenso informato*).

agrega que la negativa debiera tener actualidad en el sentido que ante una situación de duda, es menester hacer valer el principio “*in dubio pro vita*” pues una negativa preexistente puede como máximo acreditar la intención de la persona al momento de suscribir la declaración (que puede ser anterior en cinco, diez años o más)<sup>23</sup>.

Como se advertirá, en la controversia subyace la cuestión de la manera de resolver las tensiones entre la autonomía (el derecho a la libertad) y el derecho a la vida (especialmente cuando no es posible establecer con certeza la existencia de una voluntad negativa).

En otro orden, a veces, el resguardo de las convicciones religiosas debe confrontarse con derechos relevantes de terceros (como lo serían la salud o la vida de ellos). Es el caso en que la creencia religiosa del o los progenitores es invocada para oponerse a la transfusión de un hijo menor. En nuestro país, parece ser generalizado el criterio que el interés del menor debe prevalecer sobre la convicción religiosa de los progenitores y el tema se ha considerado en relación a la negativa de Testigos de Jehová a la transfusión de sangre de hijos menores (aun en los casos en que no hay un peligro de vida o grave de la salud)<sup>24</sup>.

En el derecho italiano, sin embargo, la cuestión se ha planteado respecto de procedimientos que no tienen siquiera carácter terapéutico o sanitario (aunque carentes de riesgos), como lo es la circuncisión masculina de los hijos en las familias musulmanas, en relación a lo cual se ha entendido que se trata de una práctica que entra dentro del margen de disponibilidad reconocido a los progenitores en el ámbito educativo por el art. 30 de la Constitución Italiana, cuya finalidad no es otra que introducir a los hijos en una determinada creencia religiosa y a sus prácticas conexas<sup>25</sup>.

## V. Omisión de informar, nexo causal y resarcibilidad del daño

En otras oportunidades, he considerado cuáles han de ser los riesgos, molestias y eventos adversos previsibles del tratamiento propuesto que el

---

<sup>23</sup> ROMBOLI, Roberto, en *Commentario del Codice Civile* Scialoja - Branca, Persone fisiche, Zanichelli - Il foro Italiano, p. 354.

<sup>24</sup> En la jurisprudencia, JNC 3, E-D 114-113; JPaz Letrado Ensenada, ED 153-264.

<sup>25</sup> Dictamen del Comité Nacional de Bioética Italiano citado por GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*; en *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà - P Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè. 224

profesional debe comunicar al paciente y el complejo problema de establecer si también ese deber abarca los riesgos más excepcionales<sup>26</sup>. Destaqué entonces que los fallos de los Tribunales argentinos reflejan opiniones diversas, representativas de la dificultad de establecer criterios absolutos.

En los casos en que se estime que la comunicación de un determinado riesgo forma parte del deber de informar, quedará por establecer cuales daños guardan relación causal con el obrar antijurídico del profesional y, por ende, el de la resarcibilidad.

Se puede tomar como modelo de análisis aquel fallo que condeno al resarcimiento de los graves daños experimentados por el paciente por ausencia de comunicación de un riesgo susceptible de suceder en el 5 por mil de los eventos de esa naturaleza: un severo daño neurológico provocado por una arteriografía cerebral a un paciente arterioesclerótico<sup>27</sup>.

Independientemente que el pronunciamiento omitió, a mi juicio, considerar suficientemente –además del carácter excepcional del riesgo (5 por mil de las prácticas)– el nivel de la necesidad medica de la práctica y de la condición psíquica del afectado, resulta relevante establecer si se ha de responder por todas las consecuencias dañosas experimentadas en la salud (como lo estableció el fallo).

Así, ¿Cuál ha de ser el daño resarcible, si balanceados los costos y beneficios –incluyendo el escaso riesgo y la necesidad de la practica atendiendo a las circunstancias del paciente (como el caso en que de no realizarse habría imposibilidad del diagnostico y, por ende, imposibilidad de adoptar un tratamiento– era muy probable que debidamente informado del riesgo el paciente lo hubiera aceptado?

A propósito de ello, GRAZIADEI<sup>28</sup> cita dos fallos de la Casación francesa que califica de históricos.

---

<sup>26</sup> TOBÍAS, José W., Tratado de Derecho Civil - Parte general, La Ley, T° II, p. 164 y s.

<sup>27</sup> C. Fed. Civ. y Com., Sala 1, La Ley 1994-D-20. El criterio del fallo contrasta con otros pronunciamientos judiciales: por ejemplo, el de la C.Civ. y Com. de San Nicolás (Juris 94-43), en que se afirmó que la información de los riesgos debe ser prudente, apropiada, no debe perturbar mencionando peligros lejanos y provocando temores innecesarios y mala disposición que puede generar incluso la negativa al tratamiento. También, CNCiv., Sala M, JA Bioética, segunda parte, fasc. 102)

<sup>28</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, en Trattato di Biodiritto, diretto da P. Zatti - S. Rodotà, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 276.

En el primero (año 2007) –criticado por la doctrina– el Tribunal consideró que no se había demostrado que el paciente, suficientemente informado del riesgo, habría rechazado la intervención y concluyó que el perjuicio reparable por la ausencia del deber de información tendiente a obtener el asentimiento del paciente, consistía en la pérdida de la chance de evadir el riesgo que se había realizado efectivamente<sup>29</sup>.

En el restante (año 2010), en cambio<sup>30</sup> la Casación consideró que la violación de la obligación de informar al paciente y de obtener su asentimiento antes de realizar el tratamiento, era idóneo para infligir al paciente un daño moral que debía ser resarcido

En parecido sentido, el citado autor recuerda un fallo de la Corte Italiana del mismo año, que distinguió entre el perjuicio a la salud dependiente del tratamiento (culposo o no culposo) y la violación del derecho del paciente a ser informado de los riesgos del tratamiento propuesto. Consideró que el perjuicio a la salud solo sería resarcible si el paciente, debidamente informado, habría verosímelmente rechazado el tratamiento (a cuyo fin considero que la carga de la prueba acerca de la eventualidad del rechazo podía establecerse por presunciones, aunque ella le incumbía al paciente y no al médico)<sup>31</sup>.

Como se podrá advertir, los fallos mencionados (con conclusiones disímiles) plantean la espinosa cuestión acerca de la eventual existencia de un vínculo causal (y su prueba) entre la violación del deber de informar y los riesgos y las secuelas dañosas a la salud del paciente si el riesgo no informado se materializa (en relación a lo cual se presenta como un dato relevante la actitud que habría adoptado el paciente de haber sido informado del riesgo)<sup>32</sup>. A mi juicio, el daño a la salud causado por el acaecimiento

---

<sup>29</sup> La intervención del cirujano tendía a remover una estenosis mayor de la carótida interna derecha que dejó hemipléjico al paciente y condujo al deterioro de su salud y al fallecimiento tiempo después (GRAZIADEI, Michele, ob. cit., p. 276 y s.).

<sup>30</sup> La intervención consistió en una adenomectomía prostática y el cirujano omitió informar acerca del riesgo –que se materializó– de padecer problemas eréctiles graves (GRAZIADEI, Michele, ob. cit. p. 277)

<sup>31</sup> Entre otras consideraciones, se dice en el fallo que la lesión a la autodeterminación no necesariamente comporta un daño a la salud, como cuando falta el consenso y el resultado terapéutico es exitoso.

<sup>32</sup> Acerca de la relación causal en la responsabilidad médica en nuestro país, puede verse, BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de los médicos, Hammurabi, 2ª. ed., p. 239 y ss.; CALVO COSTA, Carlos, Responsabilidad civil de los médicos. Un fallo ejemplar respecto al consentimiento informado y las “presunciones *hominis*” en materia probatoria, RCyS, año VI, núm. 4, p. 39

de un riesgo no eliminable, es resarcible si, de haber sido informado por el profesional, el paciente habría verosímelmente rechazado el tratamiento<sup>33</sup>.

Una cuestión especial se suscita cuando la violación al derecho a la autodeterminación (la prestación se realizó prescindiendo de recabar el asentimiento o con información falsa o errónea), no genera daño a la salud corporal, sino –que en todo caso– la diligente actividad profesional contribuye a resguardarla o a evitar su menoscabo.

Se ha afirmado que en la relación médico paciente corresponde escindir un crédito de contenido informativo con el que tiene por objeto la intervención terapéutica y la existencia, por lo tanto, de un espacio resarcitorio autónomo por violación del primer interés (distinto al menoscabo a la salud, por hipótesis inexistente). El tema, en sustancia, reside en determinar si una eventual resarcibilidad por violación de la autodeterminación está o no inescindiblemente ligada a la lesión del bien salud orgánica.

Si se admite que el derecho a la autodeterminación forma parte de una autónoma situación jurídica tutelable –configurativa de la lesión a un interés– parece que hay que concluir en la existencia de un eventual deber resarcitorio por la sola circunstancia de haber omitido la información, prescindiendo de la inexistencia de perjuicios a la salud corporal resultantes de un diligente acto médico<sup>34</sup>. De cualquier modo, no deja de ser compleja la cuantificación del daño extrapatrimonial –cuya alegación y prueba le incumbirá a quien lo invoca– sin perjuicio de lo cual es perceptible la diferencia de situaciones entre el caso de la hemotransfusión practicada sin el asentimiento previo a un testigo de Jehová que posibilito el recupero de su salud, que igual hipótesis practicada a quien carecía de ese tipo de convicciones religiosas. Sin prescindir, tampoco, de la existencia de circunstancias en que el profesional –por las particulares características del paciente– haya optado por priorizar el valor vida por encima del valor libertad.

## VI. Medicina digital y consentimiento informado

El avance de las nuevas tecnologías digitales se extiende a la medicina. Una particular situación plantea la llamada “telemedicina”: en el ámbito de

<sup>33</sup> GRAZIADEI, Michele, *Il consenso informato e i suoi limiti*, ob. cit., p. 279.

<sup>34</sup> PERFETTI, Ubaldo, *La responsabilità civile del medico tra legge c.d. Gelli e nuova disciplina del Consenso Informato*, diario La ley de 24 septiembre 2019

las entidades de medicina pre paga y de servicios de asistencia médica al viajero, en efecto, tiende a expandirse un sistema de teleconsultas entre el paciente y el médico a través de dispositivos digitales. La “reunión virtual” reemplaza al contacto comunicacional personal y su extensión y sobreutilización plantean inquietantes interrogantes acerca de sus implicancias en el nivel y calidad de la atención médica y el procedimiento con que ha de realizarse el “consentimiento informado”. He aquí algunos de los riesgos o consecuencias negativas que requieren de análisis en un intento de superarlos: empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje, riesgos de comprensión equívoca de las indicaciones médicas; omisiones de diagnóstico por ausencia de la clínica; dificultades de auditoría del acto médico digital; dificultades probatorias acerca de lo informado por el paciente y lo diagnosticado y recomendado por el médico, ausencia de encuentro personal previo y de conocimiento suficiente del historial personal del paciente, riesgos de compromiso de la confidencialidad e intimidad del paciente, identificación y título del prestador del servicio, etc.)<sup>35</sup>.

Es exacto, desde otros aspectos, que la telemedicina puede cumplir un rol positivo, como en aquellas situaciones en que el profesional no puede estar presente en un tiempo seguro y aceptable o que ella puede tener la aptitud de llegar a pacientes con acceso limitado a la asistencia médica debido al lugar de su residencia o que puede posibilitar interconsultas con especialistas o que puede cumplir un rol significativo en la actualización de los conocimientos en profesionales que residen en zonas alejadas de las grandes metrópolis.

Pero lo cierto es que la precariedad de la intercomunicación del ejercicio de la medicina a distancia en la relación médico-paciente, además del riesgo de la insuficiencia de la información recibida del profesional, hace extremadamente difícil el acabado cumplimiento del deber de información que el art. 59 pone a cargo del profesional y correlativamente el “consentimiento informado” del paciente. Se hace indispensable, por lo tanto, la existencia de una regulación de una legislación nacional que contemple aspectos básicos relacionados con la práctica de la telemedicina, particularmente aquella vinculada con la relación médico-paciente; el adecuado cumplimiento del deber de información y el resguardo de la confidencialidad<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> WIERZBA, Sandra - MAGLIO, Ignacio, “Medicina digital, inteligencia artificial y nuevos confines de la responsabilidad civil”, *Sup. Esp. Legal Tech* 2018 (noviembre), *La Ley*, p. 213.

<sup>36</sup> Recomendación de la “Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Ética de la medicina” (octubre 2007), enmendada por la 69ª Asamblea General, Reikiavik, Islandia (octubre 2018).



En el interín, asume particular relevancia la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Ética de la Telemedicina, adoptada por la 58<sup>a</sup> Asamblea General, en Copenhague, Dinamarca (octubre 2007) y enmendada por la 69<sup>a</sup> Asamblea General, Reikiavik, Islandia, (octubre 2018) (la entidad nuclea a 112 Asociaciones Medicas nacionales), algunos de cuyos Principios y Responsabilidades del medico se enuncian en nota al pie<sup>37</sup>.

Creo de especial importancia resaltar los siguientes: *a)* “La telemedicina no debe considerarse igual a una atención médica presencial y no debe utilizarse sólo para reducir costos o como un incentivo perverso para servicios excesivos y aumentar las ganancias para los médicos”; *b)* en la telemedicina la relación medico paciente “debe estar basada en un examen personal y conocimiento suficiente del historial medico paciente y en la confianza y respeto mutuos; *c)* “El consentimiento informado adecuado requiere que toda la información necesaria sobre los distintos aspectos de las consultas por telemedicina sea explicada a fondo a los pacientes...”; *d)* El médico debe tratar de asegurarse que el paciente haya comprendido el consejo y las sugerencias de tratamiento entregadas y en lo posible tome medidas para promover la continuidad de la atención”; *e)* El médico no debe utilizar la telemedicina si infringe el marco legal o ético del país.

---

<sup>37</sup> *a)* “...**Cuando se practica la telemedicina el médico debe respetar las siguientes normas éticas:**  
**1.** La relación médico-paciente debe estar basada en un examen personal y conocimiento suficiente del historial médico del paciente. La telemedicina debe ser utilizada principalmente en situaciones en las que el médico no puede estar presente físicamente en un tiempo seguro y aceptable. También se puede usar en la gestión de enfermedades crónicas o del seguimiento después del tratamiento inicial, cuando se haya probado que es seguro y eficaz. **2.** La relación médico-paciente en la telemedicina debe estar basada en la confianza y respeto mutuos. Por lo tanto, es esencial que el médico y el paciente puedan identificarse con confianza cuando se utiliza la telemedicina ... **4.** incluido, pero no limitado a: explicar cómo funciona la telemedicina; cómo reservar citas; aspectos de privacidad; la posibilidad de fallas tecnológicas, incluidas violaciones de la confidencialidad; protocolos de contacto durante las consultas virtuales; políticas de prescripción y coordinación de atención con otros profesionales de la salud de manera clara y comprensible, sin influenciar la decisión del paciente. ... **8.** El médico debe ejercer su autonomía profesional al decidir si una consulta por telemedicina versus una presencial es apropiada ... **10.** El médico al que se le pide su opinión a través de la telemedicina debe mantener un registro detallado de los consejos que entrega, como también de la información recibida en la cual basó su consejo para asegurar la trazabilidad ... **14.** ... El médico debe estar preparado a recomendar un contacto directo médico-paciente cuando estime que es en beneficio del paciente. **15.** El médico sólo debe utilizar la telemedicina en países/jurisdicciones donde tenga licencia para emplearla... **16.** El médico debe asegurarse que su seguro médico incluye la telemedicina. **17.** Se deben utilizar regularmente medidas de evaluación de la calidad de la atención para asegurar la seguridad del paciente y el mejor diagnóstico y prácticas de tratamiento posibles en la telemedicina...”

En nuestro país, en el último orden de ideas, dispone el art. 115 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina: “No son éticas las prácticas inspiradas en el charlatanismo, las carentes de base científica y que prometen a los enfermos curaciones; los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados que se proponen como eficaces; la simulación de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas; el uso de productos de composición no conocida y **el ejercicio de la medicina mediante consultas realizadas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o Internet**”.

Interesa señalar, a propósito de todo ello, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que **a la hora de juzgar la actuación profesional médica deben ponderarse las reglas éticas que rigen el ejercicio profesional, pues ellas constituyen criterios idóneos para apreciar la diligencia debida en cuanto a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y que no cabe, por ello, “privar a las normas éticas de relevancia jurídica”** (Fallos 306-178 y causa H36 XXXIII, 12/5/1998)<sup>38</sup>.

De cualquier modo, se impone un sistema armonizador que se beneficie de los avances de la tecnología con el único y exclusivo fin de beneficiar el nivel y calidad de la atención médica, respetuosa por lo tanto del derecho a la salud y la vida de los pacientes y de su libertad de autodeterminación (lo cual supone que se ha de cumplir en plenitud el deber de información).

## VII. La impronta del interés general y la vacunación obligatoria

La ley 26.529 señala como excepción al deber de obtener el consentimiento informado “el grave peligro para la salud pública” (art. 9 inc. a)). Otras disposiciones legales prevén normas para situaciones específicas: la ley de rabia 22.953 contempla el deber de someterse a un tratamiento específico y gratuito; se contemplaba la exigencia del certificado prenupcial indicativo de la ausencia de enfermedades venéreas en periodo de contagio (ley 12.331 para los varones, que la ley 16.668 extendió a las mujeres y que, discutido si era impedimento dirimente o impediendo, quedó sin efecto en el nuevo Código) o las revisiones médicas para ingresar a colegios o universidades.

---

<sup>38</sup> Sobre ello, también, VAZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Hammurabi, p.107 y ss.

La negativa a someterse a esas obligaciones requiere determinar las consecuencias de su incumplimiento (multas u otras sanciones) y si, en ocasiones, es factible el cumplimiento compulsivo.

Aquí, solo considerare el valor de la negativa a someterse a las vacunas obligatorias. Como es sabido, en nuestro país –y mucho más generalizadamente en otros países desarrollados– se ha extendido un movimiento anti-vacunación que reniega de uno de los avances científicos más importantes de la historia (que ha evitado la pérdida de millones de vidas y enfermedades). Tan extendida es esa tendencia que la Organización Mundial de la Salud ha considerado a los grupos radicales antivacuna como una de las diez principales amenazas a la salud mundial<sup>39</sup>.

Las negativas suelen fundarse en motivos religiosos, en otras en filosóficos o morales (se incluyen aquí las convicciones de algunas comunidades basadas en la quiropráctica y, algunas de homeópatas o de naturistas) y, en otras, simplemente, en invocaciones relacionadas con su ausencia de efectividad o sus riesgos o, conjuntamente con ello, en la adhesión a un estilo de vida naturalista.

Las dos primeras situaciones plantean la tensión ente la invocación de la objeción de conciencia con la tutela del interés general (tensión que se acentúa cuando los motivos religiosos o filosóficos son invocados por los padres y el interés en juego, además del general, es el del hijo menor de edad).

La última hipótesis, en cambio, desemboca en cuestionamientos científicos a la eficacia de las vacunas o, en todo caso, a sus efectos adversos o secundarios o la inmunidad natural de toda persona que las torna inútiles o dañosas o la adhesión a un estilo de vida naturalista. Se ha señalado con razón que el éxito de los programas de inmunización depende de la confianza pública en sus resultados y que las suspicacias acerca de su eficacia están influidas, a su vez, por estudios de investigadores, luego científicamente desmentidos, que sugieren determinados efectos adversos de una determinada vacuna.

---

<sup>39</sup> “Diez amenazas a la salud global” (<https://www.who.int/es/emergencias/ten-threats-to-global-health-in-2019>)

Las consideraré separadamente

**a) La tensión entre la tutela del interés general y el particular del menor de edad, por un lado, y la objeción de conciencia del progenitor por el otro**

La objeción de conciencia –fundada, como es sabido, en el derecho constitucional a la libertad (o de libertad)– alude a un comportamiento individual contrario a los deberes de normas jurídicas basado en motivos de conciencia. Esta, como se adelantó, está fundada en deberes religiosos o convicciones de esa naturaleza pudiendo ser también morales o filosóficos. Es común precisar, con razón, que debe tratarse de deberes o convicciones de ese tipo relevantes o sustanciales o, si se quiere, dotados de firmeza, certeza y profundidad.

Cuestiones particulares se suscitan en la hipótesis que se considera, es decir, cuando se invocan las propias convicciones para incumplir deberes normativos (como el plan de vacunación obligatoria con facultades coercitivas) que se presentan en tensión con intereses relevantes de un menor de edad sobre el que se ejerce la responsabilidad parental –el resguardo de su salud o su vida– y, más aun, con el mismo interés más general de los menores del medio social a evitar el contagio de enfermedades por medio de la vacunación. Se está en presencia de intereses en contraste: el interés general a evitar las enfermedades y su transmisión; la potestad y convicciones de los progenitores y el interés del menor a su salud y vida

La indicada tensión –si cabe– se acentúa, aunque con matices distintos, en los casos en que la vacunación obligatoria es impuesta como requisito –sin facultades de coactividad– para acceder a un determinado nivel escolar. A la enunciada tríada de intereses o potestades que se presentan como contrapuestas, se agrega la incidencia de su derecho deber constitucional a acceder a la educación (que se vería menoscabado con la negativa de los progenitores a acceder a la vacunación).

En nuestro país, como es sabido, la ley 22.909 establecía un régimen de vacunación a efectos de la protección de los habitantes del país “contra las enfermedades previsibles por ese medio...” que estableciera la autoridad sanitaria nacional (art. 1). Lo padres, tutores, curadores y guardadores de menores e incapaces eran considerados responsables del cumplimiento con respecto a las personas a su cargo (art. 11) y la falta de vacunación oportuna en que ellos incurrieran determinaba su emplazamiento en término

perentorio, sin perjuicio, en caso de incumplimiento, de ser sometidos las personas a su cargo “a la vacunación en forma compulsiva” (art. 18).

Recientemente, a principios de este año, se promulgó y publicó la ley 27.491, que derogó la ley 22.909, y estableció nuevas normas para el control de enfermedades prevenibles por vacunación: entre ellas, declara la vacunación como de interés nacional (art. 3); establece la obligatoriedad para los habitantes de su aplicación (art. 7), reitera la responsabilidad de los padres, tutores, guardadores, representantes legales o encargados (debió agregar los apoyos) de las personas a su cargo (art. 10), consagra la prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular (art. 1); el incumplimiento de las obligaciones que consagra, faculta a la autoridad sanitaria jurisdiccional a acciones tendientes a efectivizar la vacunación, que llegan hasta la vacunación compulsiva (art. 14); la certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación debe ser requerida para el ingreso y egreso del ciclo lectivo obligatorio y optativo, formal e informal (art. 13).

Sucesivas Resoluciones del Ministerio de Salud de la Nación, han mantenido actualizado el Plan de Vacunación obligatorio (por ejemplo, Res. 20/2003; 653/2005; 498/2008; 10/2015; 563/2015; 1977/2016).

Una primera afirmación de orden general es ésta: la licitud de las normas que imponen la vacunación obligatoria esta supeditada a su respaldo científico; a su carácter no discriminatorio y a la inexistencia de alternativas adecuadas. Es el corolario constitucional que una imposición obligatoria y coactiva del tratamiento comporta una importante intromisión del Estado en la autonomía personal.

Superada esa inicial evaluación –con la consideración que concurren los requisitos indicados– se presenta la manera de resolver la tensión entre la invocación de la objeción de conciencia (religiosa, filosófica o moral) de los progenitores o tutores o guardadores de los menores de edad (también de los curadores o apoyos incapaces o capaces restringidos), con el interés general en el resguardo de la salud del medio social<sup>40</sup>, además del interés de la persona individual.

---

<sup>40</sup> Sobre la naturaleza ultraindividual de la salud como interés, también, de la colectividad, TOBÍAS, José W., *Tratado de Derecho Civil - Parte general*, La Ley, Tº II, p. 97.

En la hipótesis de vacunas obligatorias en previsión de enfermedades transmisibles, es menester concluir que el derecho a tutelar convicciones religiosas o filosóficas de aquellos, no incluye la libertad para exponer a la comunidad a enfermedades infecciosas. Menos aun, cuando se considera la relevancia del interés general comprometido que emerge de los datos de la realidad histórica: por ejemplo, la importancia de la vacunación en previsión de enfermedades como la viruela (llegó a matar uno de cada siete niños en Europa) o la poliomielitis (erradicó prácticamente la enfermedad) o las de la difteria, tétanos, y tos ferina, que la OMS considera que evitan cada año en el mundo entre dos o tres millones de muertes<sup>41</sup>.

La indicada es la respuesta jurisprudencial en nuestro país<sup>42</sup>, que ha tenido respaldo doctrinario<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Declaración sobre las 10 amenazas a la salud mundial, enero 2019.

<sup>42</sup> La SC Buenos Aires (causa C.111.870, “N. N. o U., V., protección y guarda de personas”, del 6/10/2010, con nota de RIVERA Julio C., “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, RDFyP, año 2, nro. 10, p. 249) dispuso intimar a los progenitores de un menor a que acreditaran el cumplimiento del plan de vacunación obligatorio con el apercibimiento de procederse a la realización en forma compulsiva del modo menos traumático para el infante, con los cuidados del caso, debiendo garantizarse que la medida no lesione el derecho a obtener un trato digno y respetuoso por parte del menor y su círculo familiar. Los padres se oponían a que el menor recibiera las vacunas previstas en el Plan Nacional de Vacunación debido a su propia visión de la medicina y de la elección que profesan por el “modelo homeopático” y, en especial, los “ayurvédicos”. Más allá de ello, en realidad, pone en riesgo la salud de toda la comunidad, comprometiendo no solo el interés del niño sino la política pública sanitaria del Estado en aras de la salud general. En esa línea, CS, 12/6/2012, LL 2012-D-182, confirmando la sentencia del Superior Tribunal provincial. También, ST Jujuy, 12/7/2016, JA 2017-II-20, con nota aprobatoria de Nicolás Reviriego; Sala de feria CNCiv. 15/01/2019, AR/JUR/11/2019 con nota aprobatoria de Sabrina Berger, AR/DOC/410/2019; C1a, C y C, San Isidro Sala I, 10/04/2019, con notas aprobatorias de MPOLAS ANDREADIS, Alejandra - RIVAS, Mariano, “Vacunación compulsiva - Autonomía personal versus derecho a la salud” y URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, diario La ley 29 de mayo 2019.

<sup>43</sup> BERGER, Sabrina, “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, AR/DOC/410/2019; RIVERA, Julio C. “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, AR/DC/7178/2010; WEBB, María S., “¿Los padres en ejercicio de la responsabilidad parental pueden rehusarse a inmunizar a sus hijos?”, La ley 2011-B-419, RIVERA, Julio C., “Imposición coactiva de vacunas legalmente obligatorias a una persona incapaz y sin discernimiento en contra de la voluntad expresada por sus representantes legales”, AR/DOC/7178/2010; MPOLAS ANDREADIS, Alejandro- RIVAS, Mariano, “Vacunación compulsiva - Autonomía personal versus derecho a la salud”; URBINA, Paola A., “El interés superior del niño en el marco del Calendario Nacional de Vacunación”, ambos en diario La Ley 29 de mayo 2019. También, BUERES, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, Hammurabi, 3ª. ed., p. 197 y s.

Al aludido interés general se agrega, también, la primacía del interés individual del menor, incapaz o capaz restringido. La libertad personal de conciencia no es invocable cuando se esta en presencia del menoscabo a un interés individual relevante de quien está a cargo del objeto, como lo es la salud o la vida (y también, eventualmente, su derecho constitucional a la educación teniendo en cuenta que la certificación es un requisito de ingreso al ciclo lectivo); ellos, como se ha afirmado, tienen derecho a no convertirse en “mártires” de las convicciones de conciencia de quienes son sus guardadores o representantes; una cosa son las convicciones religiosas o el proyecto de vida de los primeros y otra, es el derecho a la salud o la educación del hijo menor, que es indisponible para los progenitores. La afirmación precedente conlleva, también, la primacía de este interés cuando se trata de vacunas obligatorias para la prevención de enfermedades no transmisibles –en que está en juego el indicado interés y solo mediatamente el general– como lo podría ser la vacuna antitetánica, en que no se previene una enfermedad difusiva sino sólo infecciosa.

Interesa señalar, de todos modos, que la importancia de la vacunación, no está exenta de de algunos riesgos individuales (aunque insignificantes atendiendo a sus beneficios): es perceptible, por ello, que los beneficios sobrepasan ampliamente a los riesgos de eventos adversos<sup>44</sup>.

En consideración a ellos, en algunos países se han buscado soluciones alternativas. Una ley italiana 210 del 25 de febrero de 1992 establece un resarcimiento pecuniario a favor de la persona dañada de manera permanente a causa de una vacunación obligatoria (extendido, luego, por la ley 229 del 29 de octubre de 2005 a una indemnización en beneficio de familiares del dañado)<sup>45</sup>, que fueron precedidas de un fallo de la Corte Constitucional de ese país que consideró constitucionalmente ilegítima la disciplina de la vacunación obligatoria en cuanto no preveía de un sistema de indemnización por los incidentes de la vacuna<sup>46</sup>; en los Estados Unidos, a su vez, se creó un Programa Nacional de compensación por daños causados por las vacunas, financiado mediante un impuesto especial sobre las vacunas vendidas

<sup>44</sup> Se ha calculado, por ejemplo, que en el caso de la vacuna antipolio una persona sobre un millón contrae la enfermedad a causa de la vacuna confrontado con 5000 sobre un millón en ausencia de ella (ZUOLO, Federico, “L’obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale”, Forum sul Biodiritto, mayo 2008).

<sup>45</sup> ZUOLO, Federico, “L’obiezione di coscienza alle vaccinazioni obbligatorie: un profilo legislativo e concettuale”, p. 4, Forum sul Biodiritto, mayo 2008.

<sup>46</sup> GRAZIADEI, Michele, ob. cit., p. 267, nota 183.

### **b) La invocación de cuestionamientos científicos**

Como se dijo, en otras ocasiones los cuestionamientos se basan en la invocación de razones relacionadas con la eficacia científica de las vacunas o de su seguridad. Se ha destacado, a propósito de ello, el impacto que generó una publicación en una prestigiosa revista médica (“The Lancet”) del Reino Unido en el año 1998, que creyó encontrar una conexión entre la administración de la “triple vacuna” (sarampión, rubeola y paperas) y el trastorno del autismo. Al tiempo, varios de los coautores retiraron su firma del artículo y la revista publicó una rectificación, retirándola finalmente de sus archivos, a raíz de los severos cuestionamientos científicos a las conclusiones. Pero lo cierto es que en los diez años siguientes de la publicación –que tuvo amplia repercusión en los medios masivos de comunicación– el índice de vacunación cayó sensiblemente y los casos de sarampión se acentuaron<sup>47</sup>.

Las circunstancias reseñadas indican la relevante importancia de amplias campañas públicas de sensibilización acerca de la importancia de la vacunación y la correlación entre la excepcionalidad de los riesgos o efectos adversos y la extensión de los beneficios.

Ahora bien, establecida en a) la primacía de la salud pública sobre las convicciones de conciencia y, aun la del interés individual del menor a su salud o educación sobre aquellas convicciones, la misma solución –con mayor razón– es de recibo cuando los fundamentos científicos que respaldan la legislación sobre vacunación obligatoria no han sido contrarrestadas con las razones científicas invocadas para la negativa.

En otro orden –y para concluir– la naturaleza obligatoria de la vacunación no dispensa al profesional, en líneas generales, de proveer información a la persona, en particular, aquella relacionada con la existencia de factores de riesgo que imponen precauciones especiales o la prevención de eventuales reacciones alérgicas y el modo de evitarlas<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> BERGER, Sabrina, “Vacunación obligatoria y decisiones médicas familiares”, AR/DOC/ 410/2019.

<sup>48</sup> GRAZIADEI, Michelle, ob. cit., p. 267.