
Un cambio paradigmático en la salud. Consideraciones sociales de la ciencia jurídica a partir de la ley argentina de derechos del paciente

Elvio Galati

Facultad de Derecho – Universidad Nacional de Rosario (UNR)
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)
Área de Ciencias de la Salud y Facultad de Ciencias de la Comunicación y Educación –
Universidad de Concepción del Uruguay
elviogalati@gmail.com

Resumen:

La ley de derechos del paciente implica un eslabón en la cadena de productos jurídicos que marcan un cambio de paradigma en el sentido kuhniiano. El modelo de la relación entre profesional de la salud y paciente estaba basado en la gran superioridad del médico ante el paciente. Hoy, los pesos de ambos sujetos de la medicina tienden a equilibrarse y a ello contribuye y contribuirá la ley de derechos del paciente. Son útiles en este análisis la teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin.

Palabras claves: paradigma, pensamiento complejo, teoría trialista del mundo jurídico, filosofía de la salud, derecho de la salud

Abstract:**A paradigmatic change in health. Social considerations from the juridical science concerning the Argentinean Patient's Rights Law**

Patient's Rights Law implies a link in the juridical products chain that marks a change of paradigm in the sense of Kuhn's. The model of the relationship between the health professional and the patient was based on the great superiority of the physician over the patient. Today, both medicine subjects' weights tend to balance and the Patient's Right Law contributes and will contribute to this extent. In this analysis the trialist theory of the juridical world and the complex thought of Edgar Morin have proved to be useful.

Keywords: paradigm, complex thought, trialist theory of the juridical world, Philosophy of Health, Health Law

Fecha de recepción: octubre 2010.

Versión final: abril 2011.

I. Introducción

El objeto de este trabajo es elucidar el cambio de paradigma en la Medicina visto desde el Derecho, más precisamente desde la ley de derechos del paciente n° 26.529. Explicaré el distinto punto de vista epistemológico señalando los derechos que se reconocen en la disposición legislativa citada y haré una declinación trialista en su aspecto jurídico-sociológico de la ley.

II. Epistemología jurídico-médica

1. Si tenemos que definir **paradigma** diré que es un modelo o patrón aceptado (Kuhn, 1996, p. 51) que sustenta las creencias, actitudes y procedimientos en general que encaminan las acciones de docentes, investigadores, profesionales y público en general. Actualmente puede percibirse un cambio de reglas (Kuhn, 1996, p. 28, 79).

Así como Ptolomeo entendía que la Tierra era el centro del Universo, no era un planeta y el Sol y la Luna sí -tal como lo sostenía la Iglesia que basaba sus convicciones y poder en la Biblia-, Galileo postuló luego una revolución paradigmática en tanto consideró al Sol como centro del Universo y a la Tierra como un planeta, cambiando profundamente la visión que sobre el cosmos se tenía y quitando poder a la “palabra sagrada”. Incluso puede pensarse hoy que la ciencia tiene una nueva perspectiva a partir de los descubrimientos en la termodinámica y la complejidad, lo que revela un tercer cambio paradigmático.

Se señalan como hitos del nuevo ideal de racionalidad a la física cuántica, la cibernética, la microelectrónica y la nanotecnología, la teoría de la información, la robótica, la ingeniería genética y la biotecnología (Sotolongo, 2005, p. 97).

“[...] El grado de mayor complejidad de la reflexividad [...] en las ciencias naturales clásicas es el ‘problema del error’ del indagador en las mediciones; y en las ciencias naturales no clásicas (cuánticas) el ‘problema del tipo de realidad’ a enfrentar (ondulada o particulada), vinculada al instrumento (selección del indagador) con que interactuarán los entes cuánticos [...]” (Sotolongo, 2005, p. 113)

Las ciencias “duras” han abandonado el paradigma clásico ante la incertidumbre y la probabilidad, reintroduciendo el sujeto en la física relativista (Mainetti, 1992, p. 50). Lo propio ocurre en el caso en análisis, ya que la ley reconoce numerosos derechos al paciente a fin de igualar los pesos en la relación médico-paciente, con lo cual urge re-jerarquizar al paciente en

dicha relación. De esta manera, ya no será “sagrada” la palabra de los profesionales de la salud. “[...] Hay una crisis de la razón médica y urgencia de un nuevo paradigma [...]” (Mainetti, 1992, p. 26).

En efecto, “la introducción de las humanidades médicas representa así [...] un nuevo estatuto pedagógico de la medicina que replantea la vieja distinción académica entre formación técnica (la que prepara para *hacer bien algo*) y la formación humanista (la que prepara para *ser alguien de bien*)” (Mainetti, 1992, p. 32). “La medicina de hoy no es una ‘ciencia normal’ en términos kuhnianos [...]” (Mainetti, 1992, p. 41) – cambia entonces la visión del mundo sanitario (Morin, 2006c, p. 217). Los médicos ya no son el “centro del Universo”, alrededor de los cuales giran los planetas-individuos/pacientes. “La adhesión de la medicina al paradigma científico del siglo XVII (mecanicista, reduccionista, determinista y dualista) no implicaba la desconsideración de los aspectos humanos del arte y la profesión de curar, pero éstos se entendieron como factores marginales y extracientíficos [...]” (Mainetti, 1992, p. 38). En este sentido, cabe preguntarse quién puede decir qué es salud y qué es enfermedad. “[...] las fronteras entre la salud y la enfermedad las debe determinar la tradición a la que pertenece la persona [...] y, además, el particular modelo de vida que, dentro de los límites de esa tradición, se haya forjado el individuo” (Feyerabend, 1990, p. 47).

2. Todo es en gran medida incierto: “[...] todo teoría es incierta, [...] porque no puede excluir la posibilidad de refutación por una nueva teoría, [...] [y] porque reposa en postulados indemostrables y en principios inverificables, que conciernen a la naturaleza profunda de lo real y a la relación entre el espíritu y lo real [...]” (Morin 2006b, p. 242; Mainetti, 1992, p. 9). El ideal clásico de la ciencia señalaba que todo se podía conocer, predecir y manipular (Sotolongo, 2005, p. 99). Ante la actual incertidumbre, debe darse poder para decidir al paciente ya que la ciencia de la salud está a su servicio. Si el conocimiento se compone de juicios de hecho y juicios de valor (Morin, 1984, p. 87) y el valor es el que cada uno se forja para uno mismo en la medida que no afecte a terceros, entonces la participación del paciente deviene imprescindible. La actitud de los pacientes también le da basamento a la intervención del médico y la medicina no sobrevuela entonces en el cielo de los conceptos.

“Junto a las ciencias sociomédicas, las disciplinas humanísticas [historia, filosofía, literatura, lingüística y ética] son las nuevas armas de los profesionales de la salud, que necesitan integrarse eficazmente a su comunidad con el análisis racional de los crecientes problemas humanos (éticos, económicos, sociales, etc.) planteados por la medicina moderna” (Mainetti, 1992, p. 32).

Como dice Morin, se trata de una incertidumbre buena, porque nos libera de la ilusión ingenua (Morin, 1984, p. 41) de creer saberlo todo. “[...] El Conocimiento científico tiene un carácter trágicamente ambivalente: *progresivo/regresivo*” (Morin, 1984, p. 72). Mainetti también señala que la misma ciencia ha sido la que ha promovido el bienestar de la humanidad y por otro lado es responsable de la crisis de supervivencia planetaria, ecológica y nuclear (Mainetti, 1992, p. 18). Tal como lo sostiene el filósofo francés, al reclamar que la ciencia tenga “consciencia”: “[...] una toma de conciencia es más que una adquisición de conocimiento: es un acto reflexivo que moviliza a la consciencia de sí y compromete al sujeto a una reorganización crítica de su conocimiento, incluso a una nueva puesta en cuestión de sus puntos de vista fundamentales” (Morin, 2006b, p. 209). Para no descargar toda la responsabilidad en el político, Morin expresa que no debe considerarse al investigador (jurista o médico) un simple funcionario (Morin, 1984, 91) que ejecuta directivas diseñadas y elaboradas por otros. De esta forma todo gran cambio comienza por la propia actitud.

“[...] Las teorías científicas [...] son el coproducto de estructuras del espíritu humano y de las condiciones socioculturales del conocimiento. [...] La ciencia es incapaz de pensarse a sí misma científicamente, incapaz de determinar su lugar, su rol en la sociedad, incapaz de prever si lo que saldrá de su desarrollo contemporáneo es el anonadamiento, la servidumbre o la emancipación” (Morin, 2007, 60).

3. Veamos en qué derechos que menciona la ley se percibe el cambio paradigmático:

a) Puedo mencionar como derecho principalísimo a la **autonomía** (art. 2, ‘e’) de la voluntad. Es así como el paciente puede aceptar o rechazar tratamientos o revocar el consentimiento ya otorgado. Por ejemplo, las mujeres de escasos recursos podrán demandar de los profesionales de la salud las prácticas abortivas y tratamientos a efectuar ante una violación o peligro en su vida o salud física o psíquica. Tal vez podrán los pacientes ser informados acerca de cómo finalizar de la mejor manera posible una vida insostenible por padecer una enfermedad terminal, sin pronóstico de cura y con graves padecimientos. Así como la ley señala que niños y niñas tienen derecho a tomar decisiones médicas (art. 2, ‘e’), lo propio ocurre en Europa: “La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez” (art. 5) (Consejo de Europa, 1997). Esto repercutirá sin dudas en su educación sexual, a fin de que puedan recibirla y prevenirse de enfermedades de transmisión sexual y en lo relativo al cuidado de su intimidad corporal. Respecto de este último punto, los abusos a menores suelen tener lugar porque los niños no saben cuidar su cuerpo y efectuar entonces las respectivas denuncias. Paul Feyerabend, epistemólogo anarquista, desea que la gente por sí misma encuentre su camino,

mientras que la labor de los filósofos de la ciencia debería ser quitar los obstáculos que los intelectuales han impuesto (Feyerabend, 1990, p. 54), como ejemplifica el dicho "a ciencia cierta". En este sentido se enmarca la regulación del "consentimiento informado" (cap. 3), no ya como práctica restringida a determinadas temáticas, como la del transplante de órganos, sino como un derecho básico, aplicable a todas las prestaciones asistenciales, como se expone en los fundamentos del proyecto del senador Marcelo Guinle.

b) La **confidencialidad** es otro derecho esencial (art. 2, 'd'). Puede verse su aplicabilidad teniendo en cuenta las violaciones que a ella hacen los profesionales de la salud que denuncian a las mujeres grávidas que concurren a los hospitales públicos ante la complicación derivada de un aborto clandestino. El médico que las atiende debe guardar secreto de todo lo que ocurra ante él, porque la voluntad de la mujer no fue la de autoincriminarse, sino la de acudir ante un profesional para salvar su vida. El que se valga de la urgencia para incriminar teñirá de inmoralidad su acción porque se aprovecha de la debilidad de aquello que tiene que salvar: el estado de salud. El profesional sanitario ya no será un policía de guardapolvo blanco que salve la vida a costa de la denuncia policial desde las "trincheras" de las "guardias". El dictamen de minoría de la ley, firmado por la diputada Marcela Rodríguez critica que no se haya prohibido que se utilice la información contenida en la historia clínica como prueba contra un imputado/a, estableciéndose respecto de ella el "secreto profesional". Lo mismo puede decirse respecto de los pacientes grávidos que acuden al hospital por actuar como "mulas" para el narcotráfico.

c) La **intimidad** (art. 2, 'c') cabe preservarla, sobre todo en lo relativo a los datos estigmatizantes, como por ejemplo, el padecimiento de VIH-SIDA u otras enfermedades de transmisión sexual. Ésta información sensible, fuera de las manos de los agentes de salud, pueden ocasionar perjuicios como despidos laborales, exclusiones de sitios sociales como clubes, asociaciones. Hoy la enfermedad puede ser considerada como una más de las de carácter crónico como la diabetes y se exigirá la preservación de la intimidad hasta tanto se comprenda culturalmente la arbitrariedad de la discriminación. La superación de las discriminaciones injustas implican un cambio de mentalidad, como la que se está logrando con el matrimonio homosexual, ya aprobado legislativamente en Argentina. Así como es todo un cambio comprender al matrimonio como diverso, lo propio ocurrirá cuando se vea al SIDA no como una "peste rosa" -y ya hay avances en este sentido- sino como una enfermedad en la que muchos recaen por imprudencia o negligencia propia o ajena. El Convenio Europeo (Consejo de Europa, 1997) habla del respeto a la vida privada cuando se trate de informaciones relativas a la salud (art. 10).

d) El **trato digno y respetuoso** (art. 2, 'b') implicará no solo respetar las creencias religiosas distintas a las del médico, como se planteó en el caso "Bahamondez, Marcelo, s.

medida cautelar” del 6.4.1993, sino también lograr que los profesionales de la salud empleen un lenguaje comprensible para la población, sobre todo para los sectores de menores recursos económicos o los analfabetos. En este sentido, la ciencia ya no es considerada como un oficio de “elite”, a la que se dedican personajes ermitaños, extraños y “locos”, sino un oficio más, cuyos resultados serán volcados a la población, y en donde los problemas científicos mantendrán un equilibrio entre los proyectos de los investigadores y las demandas de la sociedad.

e) Guarda relación con el punto anterior la **interconsulta médica** (art. 2, 'g'), en tanto, como la ciencia no reúne las certezas otrora reconocidas, ante la evidente complejidad de los fenómenos, la segunda o tercera opinión devienen indispensables en la salud, así como son necesarias las segundas oportunidades en el divorcio, en el cambio de sexo, en las familias ensambladas y otros tipos de familias, etc. Por ello la mejor educación es la que informa a la gente de lo que sucede y la protege asimismo de esa fuerza arrolladora de la información (Feyerabend, 1990, p. 54). Morin también habla de relativizar las ideas (Morin, 2006a, p. 109; Morin, 2006c, p. 118). Esto incluye también relativizar las opiniones de los médicos. Por su parte, Mainetti señala las cualidades de la educación liberal, que debería adoptar todo profesional de la salud complejo y flexible hacia su paciente: la capacidad crítica, la flexibilidad de perspectiva, el antidogmatismo, teniendo presentes los errores del pasado, la captación de valores y la empatía y autognosis (Mainetti, 1992, p. 33). Los fundamentos del proyecto del senador Marcelo Guinle señalan que en el marco del consentimiento informado será posible que el paciente pueda acceder a la más amplia información, para cotejar el diagnóstico y terapia con otro profesional e incluso contar con elementos de juicio suficientes a fin de rechazar un tratamiento determinado.

f) La reglamentación de los detalles de la **historia clínica** (art. 12 y ss.) del paciente implica también una postura de la Medicina basada en la importancia del enfermo y no tanto de la enfermedad (Mainetti, 1992, p. 44), en la importancia del contexto o entorno del mismo, en suma, en la importancia de las particularidades del paciente. Lo que revela un salto cualitativo hacia un pensamiento complejo de la salud: “[...] [que] la vida cotidiana no se constituya en mera receptora [...] pasiva de los logros de la ciencia, sino una participante activa [...] y articulada con el saber científico y otras formas del saber [...]” (Sotolongo, 2005, p. 121).

g) Este conjunto de derechos no hacen más que afianzar la sabiduría popular, el contexto social de los enfermos, la validez de terapias alternativas, lo que denota la complejidad del problema sanitario, esto es, la imposibilidad de reducirlo a los términos del saber-poder de los profesionales de la salud.

4. Así como Kuhn señala que las directrices metodológicas son insuficientes para dictar por ellas mismas una respuesta a las preguntas científicas (Kuhn, 1996, p. 24), lo propio ocurre en el Derecho cuando se hace referencia a la insuficiencia de la ley. En este caso, la ley de derechos del paciente tiene un sustrato sociológico, un contexto de descubrimiento.

“Hans Reichenbach, en su libro *Experience and Prediction* [efectúa una] [...] discriminación -en el interior de toda idea o teoría científica- entre dos contextos, el de descubrimiento y el de justificación. [...] El primero [...] corresponde [...] al ámbito de la génesis histórica. Aquí entran en juego todas las circunstancias sociales, políticas o económicas que influyen o determinan la aparición o gestación de un descubrimiento. [...] [En el de justificación entran] todos aquellos elementos que atañen a la validación de una teoría. Aquí se abordan las cuestiones atinentes a la estructura lógica de las teorías y su posterior puesta a prueba.” (Pardo, 2000, pp. 60 y 61)

Analizaré dicho contexto social seguidamente.

III. Jurídica-sociológica de la ley de derechos del paciente

1. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, éstos derechos han nacido y se han reconocido normativamente producto de la observación de los problemas que se daban en la **realidad social** de la relación médico-paciente. La jurídica-sociológica es abordada por la teoría trialista del mundo jurídico, que incorpora el análisis social al Derecho (Goldschmidt, 1987; Ciuro Caldani, 1967). También se ha analizado la relación del trialismo con el pensamiento complejo de Edgar Morin (Galati, 2009). Morin habla sobre la ciencia y podrían aplicarse sus pensamientos sin tapujos al Derecho: “[...] las teorías científicas, como los icebergs, tienen una enorme parte sumergida que no es científica, y que constituye la zona ciega de la ciencia, pero que es indispensable para el desarrollo de la ciencia” (Morin, 1984, p. 92). La ley tiene también su parte sumergida que es tan científica como la superficial.

2. Quien repartía el tratamiento a seguir era el médico y quien lo recibía dócilmente era el paciente. En algunos casos perjudicándose, como cuando se negaban las operaciones de adecuación sexual. Aun hoy no hay una disposición general que reglamente las operaciones de adecuación sexual. La ley 17132 las niega, llamándolas “intervenciones quirúrgicas que modifican el sexo del enfermo”, salvo que sean efectuadas con posterioridad a una autorización judicial. No obstante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha dado un gran paso al

aceptar la personería jurídica de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti Transexual (ALITT) el 21 de noviembre de 2006. Dentro de este esquema de cambios hay que sumar la ley 26618 de julio de 2010 que modifica el Código Civil y permite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo cual indica la nueva constelación filosófica que rodea a Argentina y en la cual se inscribe una nueva filosofía de la medicina. También había perjuicio cuando se denegaban las ligaduras de trompas y las vasectomías. Actualmente, la ley 26130 de agosto de 2006 autoriza dichos métodos de contracepción quirúrgica y modifica la ley de ejercicio de la Medicina que disponía la prohibición de la esterilización salvo que existiera una indicación terapéutica y sin haber agotado previamente todos los recursos conservadores de los órganos reproductores. Hoy, el poder de la autonomía del paciente y el replanteo de las funciones de los órganos genitales, que no lo son solamente para la reproducción, contribuye a un cambio de paradigma en salud.

La idea no es más que crezcamos y nos reproduzcamos, como señala la Biblia (Génesis 1-22,28).

“La aparición de métodos anticonceptivos efectivos y accesibles permitieron que la mujer separe la función genital de la reproductiva. El sexo se ha liberado del riesgo del embarazo y se ha transformado en un medio de obtener placer y de integrarse en la sociedad. Ello ha permitido a la mujer occidental moderna hacer una vida social semejante a la del hombre, dedicar su tiempo a actividades productivas y recreativas, sin la carga que significa la atención de los hijos.” (Gil Domínguez, 2000, p. 32-33)

Lo propio ocurría cuando no se permitía la educación sexual en las escuelas. A partir de la ley 25673 sobre el “programa de salud sexual y procreación responsable” de noviembre de 2002 y, más precisamente, con la ley 26150 sobre “educación sexual integral” de octubre de 2006, es posible el tratamiento educativo del sexo en las escuelas. Ello se fortalecerá con la implementación que se está dando, entre otros instrumentos, gracias a los “lineamientos curriculares para la educación sexual integral” establecidos por el Ministerio de Educación en consulta con el Consejo Federal de Cultura y Educación en mayo de 2008.

Cabe destacar otro perjuicio cuando se niega el aborto a las mujeres estando permitido legalmente en los casos justificados, por razones terapéuticas y sentimentales. Hay que resaltar en este sentido la “Guía Técnica para la Atención Integral de los Abortos no Punibles. Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable” elaborada en el ámbito del Ministerio de Salud de la Nación en el año 2007. A pesar de que figura emitida como resolución ministerial N° 1184, fue negado dicho estatus por el propio ministro en el año 2010 en que se actualizó. Si bien los abortos terapéuticos y sentimentales no son punibles desde 1921, la comunidad médica

en general y buena parte de la población los resisten y en este sentido la guía se enmarca como un eslabón más del cambio paradigmático en salud, al reconocer el poder de decisión a la mujer.

También se han querido imponer tratamientos como las transfusiones sanguíneas a Testigos de Jehová; y en este sentido se destaca el fallo de la CSJN "Bahamondez" donde, si bien se declaró abstracta la cuestión por mayoría, la disidencia de los jueces Cavagna Martínez, Boggiano, Belluscio y Petracchi aceptó el señorío sobre el propio cuerpo del interesado, respetando su decisión de no recibir la transfusión.

También se ha priorizado la persecución penal convirtiendo en recipiendario perjudicado, autoincriminando, al paciente que había ingerido cápsulas con estupefacientes, avalándose dichas pruebas en un proceso penal. Así lo demuestra la doctrina de la CSJN en el caso "Zambrana Dazza, Norma s. infracción a la ley 23737" del 12.8.1997. Afortunadamente, la disidencia de los jueces Fayt, Belluscio, Petracchi y Bossert propugnan que cuenten con el secreto médico no solo aquellos que pueden pagar un servicio privado.

Seguramente habría muchos beneficiados si se promovieran las investigaciones con células madre, tal como lo ha hecho el gobierno del presidente Obama en EE.UU. La ley también significa un aporte para beneficiar a aquellos que quieren disponer de la posibilidad de redactar directivas anticipadas, a fin de dictaminar aquellos tratamientos que aceptarán y rechazarán para el caso en que se encuentren en situaciones de enfermedad terminal, sin perspectivas de mejoramiento y ante la ausencia de voluntad. Al respecto puede verse la ley 4263 sobre "declaración de voluntad anticipada" de la Prov. de Río Negro -BO. del 3.1.2008- y el reglamento del "Registro de actos de autoprotección" creado por resolución del Consejo Superior del Colegio de Escribanos de la Prov. de Santa Fe en 2006. También las recepta el Convenio Europeo como "deseos expresados anteriormente" (art. 9) (Consejo de Europa, 1997). Los fundamentos del proyecto -de la ley 26529 de derechos del paciente- del senador Guinle expresan que dichas directivas anticipadas se admiten en tanto no se vinculen con prácticas eutanásicas. Aunque contradictoriamente se jacta de garantizar el "rechazo" del paciente a determinados tratamientos, entre los cuales se encuentran aquellos que prolongan una vida indigna. Lo importante de dichas manifestaciones es que prevalecen sobre la voluntad de familiares y médicos, es decir, concuerdan con la valorización que de la autonomía hace la ley 26529.

"El cese del empleo de medios extraordinarios para prolongar la vida orgánica, cuando hay evidencia irrefutable de que la muerte biológica es inminente, es una decisión que debe tomar el paciente y su familia inmediata [...]. Las directivas anticipadas pueden [...] resolver adecuadamente muchos problemas de este tenor" (Kraut, 2005).

Si bien la Medicina genera técnicas de sobrevivencia otrora impensadas –ante el caso, por ejemplo, de una mujer afectada por una enfermedad neurológica degenerativa que padece cuadriplejía y que se le indicó una gastrostomía para su alimentación y la traqueotomía para conectarle un respirador artificial, y ambas técnicas permanentes no implican mejora en la calidad de vida porque la traqueotomía inhibe el habla (Kraut, 2005)-, ello puede implicar prolongar artificialmente la vida de una persona sin dignidad, por las privaciones, dolores espirituales e incomodidades que pueden generarse. El preámbulo del Convenio Europeo señala: “Conscientes de las acciones que podrían poner en peligro la dignidad humana mediante una práctica inadecuada de la biología y la medicina” (Consejo de Europa, 1997). Por esto, dichas directivas encuentran relación con los derechos de autonomía y trato digno y respetuoso esbozados por la ley. Alfredo Kraut expone cómo en este tema se plantea una nueva forma de morir: “[...] un despojo que cumplen la ciencia, la técnica y la sociedad, que arrebatan al paciente su propia ‘escena final’, ante la que se anulan sus iniciativas” (Kraut, 2005), debido al encarnizamiento terapéutico y el traslado a los efectores de salud. Frente a esto, la ley en cuestión prioriza la autonomía, eje de la nueva filosofía de la salud. Esto significa que estamos frente a “[...] una persona jurídicamente capaz [que] tiene un derecho constitucional a rechazar tratamientos no deseados” (Kraut, 2005).

3. El objeto del reparto -conducta humana adjudicadora- legislativo, es decir, lo que favorece o perjudica el ser o la vida, es sin dudas la potencia -beneficio- de elevar la calidad de salud de los pacientes.

4. La forma -camino para llegar al reparto- que se promueve es la del diálogo entre pacientes y médicos, ya que no se deberá más imponer un tratamiento, sino averiguar la voluntad del paciente y llevarla a cabo a través de la mejor práctica conocida por el profesional de la salud. Por ello el consentimiento requiere información clara, precisa y adecuada (art. 5) a dar al paciente, para que éste luego decida: “[...] la buena (o mala) información puede modificar la decisión, la estrategia y, en los casos críticos y crícosos, el curso de la Historia...” (Morin, 2006c, p. 25). Y aquí hay un juego de dependencias entre el conocimiento del médico y las necesidades y deseos del paciente. “El espíritu individual puede encontrar su autonomía jugando con la doble dependencia que a la vez le constriñe, le limita y le nutre” (Morin, 2006c, p. 22). Es importante entonces que se garantice la dación de información porque el conocimiento es poder y da poder (Morin, 2006c, p. 25). Y así lo destaca la ley en análisis. En materia de consentimiento informado se menciona la alusión por parte de los profesionales a los efectos adversos de ciertos tratamientos o medicamentos, y la información de terapias

alternativas. Paul Feyerabend ha criticado la manía de ciertos médicos por diagnosticar ciertas excrescencias posiblemente cancerosas en las glándulas prostáticas, frente a lo cual, al raspar, se esparcen las mismas, provocando lo que precisamente se quiere evitar (Feyerabend, 1990, p. 42-43). Señala el epistemólogo austríaco que “[...] un médico efectúa un diagnóstico, prescribe un tratamiento, tal vez quirúrgico, lo pone en práctica y obtiene ciertos resultados. Supongamos que la consecuencia de dicho tratamiento sea un cuerpo deforme que se arrastra durante cinco años y luego muere. ¿Quién puede decirle al médico que se ha equivocado?”. (Feyerabend, 1990, p. 42). Recuérdese por ejemplo el caso “Jakobson”, donde se indicaba a un enfermo diabético la amputación de una pierna engangrenada. El fallo -publicado en “El Derecho”, t. 144, pág. 122 y ss.- dictamina que el paciente es el árbitro único e irremplazable de la situación, a pesar de los deseos del hijo. Y tal principio no debe ceder aunque medie amenaza de la vida.

Como señala Mainetti: “[...] la medicina es hoy una formidable herramienta al servicio de nuestra voluntad de vivir, pero sólo a través del arte, la religión o la filosofía nos acercamos al enigma de la existencia humana.” (Mainetti, 1992, p. 32). Dicha tríada conforma el espíritu absoluto del que habla Hegel. He intentado una armonización entre estas manifestaciones (Galati, 2010). Hoy, la herboristería, la acupuntura, la homeopatía, la hidroterapia, el Reiki, y otras terapias compiten y en algunos casos complementan a la alopátia o medicina tradicional. Las terapias alternativas cobran vida ante la profundidad de conocimiento que nos demanda la postmodernidad, al ser una edad de muchos cuestionamientos. En efecto, muchas causas de las enfermedades ya no se localizan en la esfera superficial del cuerpo y son diagnosticables tomando el pulso, examinando la orina, el aspecto de la piel, haciendo radiografías o biopsias, sino que hay que prestar atención a cambios más generales del cuerpo (Feyerabend, 1990, p. 42). Como señala Morin, el conocimiento no se reduce a la información e incluso, si tenemos demasiada información sin las estructuras mentales necesarias para analizarla, podemos caer en una nube de desconocimiento (Morin, 1984, p. 68-69). De allí la importancia de la mayor claridad, amplitud y alternativas, valiendo en demasía la interconsulta médica; y en casos extremos y complicados o complejos la intervención de un comité de bioética. Así como se cuestionó el poder de la Teología por la Ciencia, y ahora a ésta, la enseñanza debe ser la de contextualizar y limitar los saberes, sin que alguno pretenda monopolizar “la verdad” (Morin, 1984, p. 70).

5. La razón de la ley puede estar dada por el impulso a dar a los pacientes, a fin de reforzar su protagonismo en la relación médico-paciente. Volviendo al cambio de paradigma “el enfermo tiende a personalizarse, ocupa un lugar más trascendente y comienza a exigir que se respete su autonomía, requiere ser informado y a ejercer su derecho a consentir las prácticas

que se le proponen" (Kraut, 2005). Lo que la sociedad estima al respecto parece difícil de desentrañar, aunque la "fe" en el médico sigue tan firme como la "fe" en el resto de los profesionales, los portadores del saber. Así como en el año 2001 hubo un atisbo de asunción de las facultades de gobierno por el pueblo, reclamando a todos los funcionarios político-partidarios que se vayan, a finales del siglo pasado y comienzos del presente, los comités de ética cuestionan la razón médica. Por ello llevará tiempo hasta que se internalice la relatividad del conocimiento de los profesionales de la salud y un mayor protagonismo a favor del paciente. Estamos frente a la percepción de una "anomalía", donde la naturaleza ha violado las expectativas de las ciencias de la salud. Se rompen las previsiones inducidas por el paradigma (Kuhn, 1996, p. 93 y 98) y se perciben los atisbos de "revolución" porque muchos profesionales no están preparados por su paradigma para contemplar la voluntad del paciente (Kuhn, 1996, p. 100).

6. En cuanto a las **clases de repartos**, no cabrá entonces el mero reparto autoritario - que impone- del profesional de la salud basado en su sabiduría científico-técnica, ya que hoy la ciencia es marginal y la apelación al conocimiento de los expertos nunca basta por sí misma (Feyerabend, 1990, p. 40). Mainetti alude a la vieja moral médica naturalista, paternalista y profesional, similares al reparto autoritario, y a la nueva moral autonomista y social, parecidas al reparto autónomo, que promueve el acuerdo (Mainetti, 1992, p. 56). La fundamentación del proyecto de ley de derechos del paciente -expuesta por el senador Marcelo Guinle- señala que "[...] desde tiempos de Hipócrates, hasta no hace muchos años, la relación médico-paciente estaba impregnada por el denominado 'paternalismo médico' [...]." La nueva moral es plural y busca el consenso (Mainetti, 1992, p. 56). En este sentido se observan las ventajas del médico de cabecera que conocía a sus pacientes, sus ideas y personalidades, conocía sus necesidades y había aprendido a satisfacerlas (Feyerabend, 1990, p. 47). Mainetti también señala, luego de los modelos biológico y biopsicosocial, al modelo humanista, que rehabilita al médico de familia y restaura la pedagogía humanística en el nuevo perfil profesional (Mainetti, 1992, p. 32). Frente a ello, no es casual que la Gestalt comprenda los fenómenos en su globalidad, teniendo en cuenta a todas las partes que forman un todo. Esta escuela psicológica implica la "[...] objeción a la práctica de explicar la experiencia psicológica de una manera fragmentaria" (Heidbreder, 1991, p. 256). El médico moderno tipo atiende en masa cantidades enormes de pacientes que despacha como números y sin atender a sus particularidades. "El desarrollo tecnológico ha dado un sesgo de deshumanización a la práctica médica. Al tradicional médico de familia lo reemplaza la atención institucional y despersonalizada" (Kraut, 2005). En efecto, "antes se moría 'cuando llegaba la hora', en el hogar, rodeado de los familiares y objetos queridos. Ahora los enfermos mueren en instituciones -dos tercios de ellos entre extraños-

donde mediante tratamientos 'extraordinarios' -generalmente 'encarnizados'- se posterga una inevitable muerte durante cierto tiempo, con un alto monto de sufrimiento" (Kraut, 2005). Así, "[...] empiezan a valorarse las posibilidades del modelo humanista con la introducción del sujeto en medicina, el sujeto patológico, clínico y terapéutico, según el orden histórico y acaso sistemático de dicha introducción" (Mainetti, 1992, p. 43). La nueva ley plantea armonizar el reparto autoritario con el autónomo, es decir, intercalar, estructurar, compaginar, espacios autoritarios con espacios autónomos, de manera que paciente y profesional de la salud dialoguen cada uno respetando los límites y capacidades del otro. La medicina hoy tropieza con sus propios límites, que son los límites del hombre y la humanidad, y por eso se reconoce como lo que es: filosofía concreta (Mainetti, 1992, p. 20). La complejidad implica la asociación de dos ideas contrarias para concebir un mismo fenómeno (Morin, 1984, p. 46). Por ejemplo, en el caso del aborto no punible, el médico debería dar las opciones terapéuticas a la mujer para que sea ella quien decida la que mejor se amolde a su historia, necesidades y expectativas.

7. Respeto del orden de los repartos, la medicina tradicional tributaria del poder del médico y muchas veces expuesta programáticamente en los planes de estudio de las facultades del área de la salud y en los organismos de salud, hoy comienza a tambalear, porque

"[...] sabemos lo que *hace* la moderna medicina científica, pero no sabemos si es lo *mejor* que se puede hacer. [...] Para descubrirlo, debemos utilizar métodos de diagnóstico y tratamientos basados en supuestos distintos, en una filosofía médica completamente diferente." (Feyerabend, 1990, p. 45).

Esto requiere una inversión en investigación y en filosofía de la ciencia que abra nuevos senderos en el tratamiento de los problemas científicos de la salud. La captación trialista de la planificación en salud, fuertemente tradicional, puede oponerse entonces no a la interconsulta, donde se da una opinión alternativa dentro del mismo sistema médico, sino a los sistemas médicos alternativos. En este sentido, hay pequeños órdenes de repartos que se desarrollan ejemplarmente, por imitación y que significan tradiciones alternativas a las oficiales. Será bueno entonces fomentar el aspecto valioso de la anarquía en tanto se trate de un cambio para obtener mejor calidad de salud en los pacientes, ante la posibilidad de optar por otros sistemas médicos. "El mundo (la vida) es ordenado(a) porque es capaz de desordenarse autorganizadamente (espontáneamente) para volverse a ordenar y para desordenarse subsiguientemente [...]" (Sotolongo, 2005, pp. 119-120). Asimismo, "la bioética, en el abordaje de sus problemas, no debe [...] aspirar a un orden, una estabilidad, un equilibrio, completos y perfectos; a una ausencia total de incidencia del azar, a una predictibilidad perfecta"

(Sotolongo, 2005, p. 120). "Una sociedad libre es aquella en que todas las tradiciones gozan de iguales derechos, *con independencia de lo que piensen las otras*" (Feyerabend, 1990, p. 47). El Convenio Europeo señala que la investigación científica se efectuará "libremente" (art. 15).

A su vez, puede observarse una planificación universal, formada al hilo de la concordancia de regímenes similares al previsto en Argentina, como el "Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina" establecido por el Consejo de Europa en 1997 (Consejo de Europa, 1997).

8. Son límites culturales de los repartos aquellos con los cuales se topa la ley de derechos del paciente, al reconocer aquellos que hacen a un nuevo paradigma que todavía no se ha establecido firmemente. Es necesario contar con la población instruida y educada acerca de sus derechos a fin de poder reclamarlos del médico. Los límites socio-económicos también imposibilitarán el ejercicio efectivo de dichos derechos en tanto la satisfacción de las necesidades de alimento, vivienda, y vestido son previas a las de la salud, según la escala jerárquica de la población, si bien corren paralelas, ya que sin salud no son posibles aquellas otras necesidades también básicas. Hay también límites éticos, en tanto "[...] no todo lo técnicamente posible es siempre éticamente justificable" (Kraut, 2005), rozándose los límites de la dimensión dikelógica. Cabe señalar aquí las objeciones de consciencia de ciertos médicos para con ciertas prácticas asistenciales. Lo que no debe asombrarnos, ya que considerar al objeto jurídico como complejo implica reconocer en él las interrelaciones que hay en todo sistema, lo que significa que cada parte -dimensión o jurídica- forma un todo y lleva en sí al todo que se refleja en ella. He realizado un estudio sobre el concepto de sistema jurídico y las interrelaciones que implica (Galati, 2009).

9. Las causas de la ley (Ciuro Caldani, 1967). Es evidente que esta ley tiene como "base material" la situación en la que se encuentran los sectores más postergados de la sociedad, ya que la libertad que ejercen los que se encuentran en el ámbito de las clínicas privadas suele ser casi ilimitada y no necesitan de una ley que la garantice. En un sistema capitalista y más con las características de prebendas que asume algunas veces en Argentina, la situación de desigualdad y desprotección se sobredimensiona. Los fundamentos del proyecto, expuestos por el senador Guinle, señalan que "[...] todavía no hemos logrado suficientes progresos a fin de garantizar plenamente la operatividad en todo el territorio nacional de lo que genéricamente se denomina 'derechos de los pacientes'." Los sectores pudientes comprenden sus derechos, tienen acceso a los medicamentos y terapias, gozan del beneficio de la interconsulta, acceden a su historia clínica y se guarda respecto de ellos el secreto profesional sin ser denunciados penalmente, como en el caso de los abortos no punibles o voluntarios. El

senador también señaló el art. 75, inc. 23º de la Constitución Nacional que habla de garantizar la igualdad *real* de oportunidades y el inc. 19º sobre proveer lo conducente al progreso económico con *justicia social*. Si de algo sirve la justicia es para igualar, compensar.

10. La **finalidad** de la ley, su “para qué” (Ciuro Caldani, 1967), fue preservar la salud de los pacientes. En este sentido, deberían revisarse entonces anteriores doctrinas judiciales que colocan al paciente en situación de poner en riesgo su vida, porque si asisten al hospital público procurando salvar su vida o salud, se encontrarán con el poder persecutorio penal del Estado. Cabe mencionar en este sentido a los abortos no punibles, que terminan siéndolo para la mujer ante la resistencia de los médicos a realizarlos, y los casos de complicaciones en la salud por ingesta de drogas en envase para transporte. La CSJN ha mostrado un cambio de paradigma al admitir la juridicidad del consumo privado de estupefacientes en el fallo “Arriola, Sebastián” dictado el 26 de agosto de 2009. El plafón de esta actitud han sido los diversos fallos que declararon la “inconstitucionalidad” de la ley 23737. Por ejemplo, el fallo de la Sala 1ª de la Cámara de Casación Penal de la Prov. de Bs. As. en el caso “R., C. M.” del 24 de abril de 2008. Anótese que con la misma Carta Magna también se ha fallado por la constitucionalidad de dicha prohibición y sanción en los casos “Colavini, Ariel Omar s. inf. ley 20771 (estupefacientes)”, del 28 de marzo de 1978, “Capalbo, Alejandro Carlos s. tenencia de estupefacientes”, del 29 de agosto de 1986, y “Montalvo, Ernesto Alfredo s. inf. ley 20771”, del 11 de diciembre de 1990. Con lo cual, la incriminación en ocasión de un problema de salud guarda incoherencia con las nuevas reglas.

11. Las **consecuencias** de la ley. Incorporo esta categoría al análisis de la realidad social en mi trabajo inédito “Consideraciones jurídico-sociales del aborto no punible. La autonomía del paciente frente al poder del profesional de la salud”. “Los sistemas ‘complejos’ naturales y sociales [...] son autorganizantes, ontológicamente creativos y no lineales [...] y, por ende, sólo admiten predicciones, cierto grado de manipulación y de control, a muy corto plazo [...]” (Sotolongo, 2005, p. 106). Si bien las consecuencias de nuestros actos son inciertas, de acuerdo a una intención original, ya que nuestra acción-intención es arrojada a un mar de otras acciones-intenciones, es posible marcar tendencias o prever relativamente eventuales escenarios. Al reforzarse los derechos del paciente ello redundará en una mejor atención médica, ya que aquellos se sentirán cómodos de revelar toda la información necesaria a fin de lograr un adecuado diagnóstico y un posterior mejor tratamiento. No obstante, hay que prever que muchos profesionales insisten en su deber de denunciar delitos, en lugar de preservar la salud de sus pacientes, sobre todo de aquellos que solo pueden acceder a los hospitales públicos, como las mujeres grávidas luego de un aborto clandestino. El dictamen en minoría del

proyecto de ley de derechos del paciente hace referencia a que incluso si la mujer hubiera conocido las consecuencias de su asistencia a un hospital público, es decir, su persecución penal, lo mismo habría concurrido porque no se hallaba libre para consentir la autoincriminación que formuló. Deberán preverse también a los objetores de conciencia, para todos aquellos casos en los que no asistan a los pacientes cuando sus convicciones religiosas se lo impidan, para lo cual deberán implementarse medidas como un registro de objetores y la forma de cubrirlos, de manera que efector alguno de salud niegue el ejercicio de los derechos que tienen los pacientes. Para este cometido, los protocolos médicos son fundamentales, en tanto ahorrarán tiempo en temas fundamentales como los mencionados y que no resisten dilaciones. No hay que olvidar que no todos los jueces acuerdan en la manera de interpretar las normas y que las “inconstitucionalidades”, como carencias dikelógicas encubiertas -declaraciones de normas como injustas-, están a la orden del día y permiten inaplicar normas sin decirlo abiertamente, escudándose los encargados del funcionamiento de las normas en “la voluntad de la ley”. Por ello no deberíamos olvidar que la finalidad de los legisladores fue reforzar la “voluntad de los pacientes”. Valorar las consecuencias de las acciones ha llevado al Estado argentino a poner más atención en el combate de los elementos productores de los estupefacientes, que en los juicios a pequeños consumidores que abarrotan los tribunales de causas de tenedores de pocos gramos de marihuana sin utilizar los recursos del Estado para combatir a los narcotraficantes. Pensar en las consecuencias de nuestros actos nos hará ver que es mejor quebrar el negocio de la droga en la clandestinidad, del narcotráfico, que violar la intimidad del consumidor que hace con su vida lo que le plazca, mientras no perjudique a terceros. Cabe agregar aquí la preservación de la vida o salud del paciente que transporta droga en su cuerpo.

El cambio de paradigma que reconozco implica históricamente un doble salto: de la voluntad de Dios, pasando por la voluntad del médico, para instalarnos en la voluntad del paciente. Por lo cual deberá tenerse en cuenta que el norte, sea como intención o fin de la ley, es aquella voluntad, que la ley nombra como autonomía.

12. Resumiendo el aspecto social del Derecho vinculado a esta nueva visión paradigmática de la salud, Mainetti señala el cuestionamiento de la autoridad médica sobre las tomas de decisión, a lo cual hay que sumar la crisis de los fundamentos del discurso moral, lo que llama a un consenso. Más que consenso, y rozando la jurística-dikelógica, propongo una oscilación entre autoridad y acuerdo, entre autoridad y consenso, en función de las carencias en un tiempo y lugar determinados. Una visión compleja del Derecho hace alusión al principio recursivo según el cual el análisis de una parte lleva profundamente a tocar todos los aspectos

que se le relacionan; y en el caso del Derecho, un análisis de la dikelogía lleva a aspectos sociales y viceversa, ya que una parte lleva en sí al todo (Galati, 2009).

IV. Horizonte disciplinario complejo

Como señala el senador Guinle, a propósito del tratamiento del tema de la salud y de los derechos de los pacientes, se advierte la concurrencia de distintas disciplinas para tratarla, lo que implicará una coordinación a fin de armonizar y articular los aportes que pueden realizar cada una de ellas y para mejorar la calidad de vida y salud de los pacientes (Sotolongo, 2005, p. 121; Morin, 2007). Será entonces el paciente el decisor -con la ayuda y guía de los profesionales- en virtud del principal de los derechos reconocidos que es la autonomía.

V. Conclusión

Así como en un momento el centro de atención pasó de Dios al hombre, es decir, de la teología a la ciencia, hoy dicho centro pasa de la ciencia a diversos centros. Vivimos en un mundo acentrado o multicentrado, lo que implica que la profundidad en los estudios y la incertidumbre que ello genera nos vuelven a resituarnos en el hombre, más precisamente en su particularidad, en *este* hombre. No es ya Dios, ni "el" hombre, sino *este* hombre. Y a éste deben prestarle atención las ciencias de la salud, contribuyendo a ello una interpretación singularista de la ley de derechos de *este* y *este* paciente, de los pacientes.

Bibliografía

- Cámara de Casación Penal de la Prov. de Bs. As., Sala 1ª, "R., C. M.", del 24 de abril de 2008. Obtenido el 27 de julio de 2008 de <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=35405#>.
- Cámara de Diputados – Congreso Nacional. (2008). Orden del día 1529, Buenos Aires.
- Ciuro Caldani, M. A. (1967). *Bases categoriales de la dinámica y la estática jurídico sociales (Elementos para la sociología jurídica)*, Rosario: Instituto Jurídico-Filosófico, Facultad de Derecho, UNR.
- Consejo de Europa (1997). *Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina*. Obtenido el 18 de agosto de 2010 de <http://www.unav.es/cdb/coeconvencion.html>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Arriola, Sebastián", del 26 de agosto de 2009. Obtenido el 26 de agosto de 2009 de <http://www.diariojudicial.com/nota.asp?IDNoticia=38453#>.
- Feyerabend, P. (1990). *Diálogo sobre el método* [trad. de José Casas]. Madrid: Cátedra.
- Galati, E. (2009). *La teoría trialista del mundo jurídico y el pensamiento complejo de Edgar Morin. Coincidencias y complementariedades de dos complejidades*, Rosario: Fac. de Derecho de la UNR.
- Galati, E. 2010. Notas jurístico-dielógicas del Derecho del Arte. Hacia una armonía entre Arte, Religión y Filosofía. *Investigación y Docencia*, vol. 43, 107-126.
- Gil Domínguez, A. (2000). *Aborto Voluntario, Vida Humana y Constitución*, Buenos Aires: Ediar.
- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho* (6ª ed.). Buenos Aires: Depalma.
- Heidebreder, E. (1991). *Psicologías del siglo XX* [trad. de L. N. Acevedo]. México, Paidós.
- Kraut, A. (2005). *Directivas anticipadas para rehusar determinadas intervenciones médicas de futuro*. Obtenida el 18 de agosto de 2010 de http://www.fundaciongedisos.org/index_mas.php?id=605.
- Kuhn, T. (1996). *La estructura de las revoluciones científicas* [trad. de Agustín Contin]. México: Fondo de Cultura Económica.

- Mainetti, J. (1992). *La transformación de la medicina*, La Plata: Quirón.
- Morin, E. (1984). *Ciencia con consciencia* [trad. de Ana Sánchez]. Barcelona: Anthropos.
- Morin, E. (2006a). *El Método 2. La vida de la vida* [trad. de Ana Sánchez] (7ª ed.). Madrid: Cátedra.
- Morin, E. (2006b). *El Método 3. El conocimiento del conocimiento* [trad. de Ana Sánchez] (5ª ed.). Madrid: Cátedra.
- Morin, E. (2006c). *El Método 4. Las ideas. Su hábitat, su vida, sus costumbres, su organización* [trad. de Ana Sánchez] (4ª ed.). Madrid: Cátedra.
- Morin, E. (2007). *Articular los saberes ¿Qué saberes enseñar en las escuelas?* [trad. de Geneviève de Mahieu, con la colab. de Maura Ooms] (2ª ed.). Buenos Aires: Ediciones Universidad del Salvador.
- Pardo, R. (2000). Verdad e historicidad. El conocimiento científico y sus fracturas. En: E. Díaz (Ed.). *La posciencia* (pp. 37-62), Buenos Aires: Biblos.
- Sotolongo, P. (2005). El tema de la complejidad en el contexto de la bioética. En: V. Garrafa, M. Kottow y A. Saada (Eds.). *El estatuto epistemológico de la bioética* (pp. 95-123). México: Univ. Nac. Autónoma de México, Unesco.

Anexo

Ley 26529. Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud¹

Sancionada: Octubre 21 de 2009. Promulgada de Hecho: Noviembre 19 de 2009.

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

DERECHOS DEL PACIENTE, HISTORIA CLINICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTICULO 1º — Ámbito de aplicación. El ejercicio de los derechos del paciente, en cuanto a la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, se rige por la presente ley.

Capítulo I

DERECHOS DEL PACIENTE EN SU RELACION CON LOS PROFESIONALES E INSTITUCIONES DE LA SALUD

ARTICULO 2º — Derechos del paciente. Constituyen derechos esenciales en la relación entre el paciente y el o los profesionales de la salud, el o los agentes del seguro de salud, y cualquier efector de que se trate, los siguientes:

- a) Asistencia. El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición. El profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo efectivamente del paciente otro profesional competente;
- b) Trato digno y respetuoso. El paciente tiene el derecho a que los agentes del sistema de salud intervinientes, le otorguen un trato digno, con respeto a sus convicciones personales y morales, principalmente las relacionadas con sus condiciones socioculturales, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente, y se haga extensivo a los familiares o acompañantes;
- c) Intimidad. Toda actividad médico - asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad,

¹ Obtenida el 18 de febrero de 2010 de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>.

así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la Ley N° 25.326;

d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente;

e) Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud;

f) Información Sanitaria. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria necesaria, vinculada a su salud. El derecho a la información sanitaria incluye el de no recibir la mencionada información.

g) Interconsulta Médica. El paciente tiene derecho a recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud.

Capítulo II

DE LA INFORMACION SANITARIA

ARTICULO 3° — Definición. A los efectos de la presente ley, entiéndase por información sanitaria aquella que, de manera clara, suficiente y adecuada a la capacidad de comprensión del paciente, informe sobre su estado de salud, los estudios y tratamientos que fueren menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos.

ARTICULO 4° — Autorización. La información sanitaria sólo podrá ser brindada a terceras personas, con autorización del paciente.

En el supuesto de incapacidad del paciente o imposibilidad de comprender la información a causa de su estado físico o psíquico, la misma será brindada a su representante legal o, en su defecto, al cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de la asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

Capítulo III

DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

ARTICULO 5° — Definición. Entiéndese por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a:

- a) Su estado de salud;
- b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
- c) Los beneficios esperados del procedimiento;
- d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
- e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
- f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados.

ARTICULO 6° — Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijan por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente.

ARTICULO 7° — Instrumentación. El consentimiento será verbal con las siguientes excepciones, en los que será por escrito y debidamente suscrito:

- a) Internación;
- b) Intervención quirúrgica;
- c) Procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos;
- d) Procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley;
- e) Revocación.

ARTICULO 8° — Exposición con fines académicos. Se requiere el consentimiento del paciente o en su defecto, el de sus representantes legales, y del profesional de la salud interviniente ante exposiciones con fines académicos, con carácter previo a la realización de dicha exposición.

ARTICULO 9° — Excepciones al consentimiento informado. El profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado en los siguientes casos:

- a) Cuando mediare grave peligro para la salud pública;
- b) Cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales.

Las excepciones establecidas en el presente artículo se acreditarán de conformidad a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

ARTICULO 10. — Revocabilidad. La decisión del paciente o de su representante legal, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada. El profesional actuante debe acatar tal decisión, y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimientos de los riesgos previsibles que la misma implica.

En los casos en que el paciente o su representante legal revoquen el rechazo dado a tratamientos indicados, el profesional actuante sólo acatará tal decisión si se mantienen las condiciones de salud del paciente que en su oportunidad aconsejaron dicho tratamiento. La decisión debidamente fundada del profesional actuante se asentará en la historia clínica.

ARTICULO 11. — Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes.

Capítulo IV

DE LA HISTORIA CLINICA

ARTICULO 12. — Definición y alcance. A los efectos de esta ley, entiéndase por historia clínica, el documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

ARTICULO 13. — Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad.

La reglamentación establece la documentación respaldatoria que deberá conservarse y designa a los responsables que tendrán a su cargo la guarda de la misma.

ARTICULO 14. — Titularidad. El paciente es el titular de la historia clínica. A su simple requerimiento debe suministrársele copia de la misma, autenticada por autoridad competente de la institución asistencial. La entrega se realizará dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de solicitada, salvo caso de emergencia.

ARTICULO 15. — Asientos. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos precedentes y de lo que disponga la reglamentación, en la historia clínica se deberá asentar:

- a) La fecha de inicio de su confección;
- b) Datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar;
- c) Datos identificatorios del profesional interviniente y su especialidad;
- d) Registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes;
- e) Antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere;
- f) Todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancias de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

Los asientos que se correspondan con lo establecido en los incisos d), e) y f) del presente artículo, deberán ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria.

ARTICULO 16. — Integridad. Forman parte de la historia clínica, los consentimientos informados, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiéndose acompañar en cada caso, breve sumario del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante.

ARTICULO 17. — Unicidad. La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada al mismo.

ARTICULO 18. — Inviolabilidad. Depositarios. La historia clínica es inviolable. Los establecimientos asistenciales públicos o privados y los profesionales de la salud, en su calidad de titulares de consultorios privados, tienen a su cargo su guarda y custodia, asumiendo el carácter de depositarios de aquélla, y debiendo instrumentar los medios y recursos necesarios a fin de evitar el acceso a la información contenida en ella por personas no autorizadas. A los depositarios les son extensivas y aplicables las disposiciones que en materia contractual se establecen en el Libro II, Sección III, del Título XV del Código Civil, "Del depósito", y normas concordantes.

La obligación impuesta en el párrafo precedente debe regir durante el plazo mínimo de DIEZ (10) años de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual. Dicho plazo

se computa desde la última actuación registrada en la historia clínica y vencido el mismo, el depositario dispondrá de la misma en el modo y forma que determine la reglamentación.

ARTICULO 19. — Legitimación. Establécese que se encuentran legitimados para solicitar la historia clínica:

- a) El paciente y su representante legal;
- b) El cónyuge o la persona que conviva con el paciente en unión de hecho, sea o no de distinto sexo según acreditación que determine la reglamentación y los herederos forzosos, en su caso, con la autorización del paciente, salvo que éste se encuentre imposibilitado de darla;
- c) Los médicos, y otros profesionales del arte de curar, cuando cuenten con expresa autorización del paciente o de su representante legal.

A dichos fines, el depositario deberá disponer de un ejemplar del expediente médico con carácter de copia de resguardo, revistiendo dicha copia todas las formalidades y garantías que las debidas al original. Asimismo podrán entregarse, cuando corresponda, copias certificadas por autoridad sanitaria respectiva del expediente médico, dejando constancia de la persona que efectúa la diligencia, consignando sus datos, motivos y demás consideraciones que resulten menester.

ARTICULO 20. — Negativa. Acción. Todo sujeto legitimado en los términos del artículo 19 de la presente ley, frente a la negativa, demora o silencio del responsable que tiene a su cargo la guarda de la historia clínica, dispondrá del ejercicio de la acción directa de "habeas data" a fin de asegurar el acceso y obtención de aquélla. A dicha acción se le imprimirá el modo de proceso que en cada jurisdicción resulte más apto y rápido. En jurisdicción nacional, esta acción quedará exenta de gastos de justicia.

ARTICULO 21. — Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la Ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas.

Capítulo V

DISPOSICIONES GENERALES

ARTICULO 22. — Autoridad de aplicación nacional y local. Es autoridad de aplicación de la presente ley en la jurisdicción nacional, el Ministerio de Salud de la Nación, y en cada una de las jurisdicciones provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la máxima autoridad sanitaria local.

Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a adherir a la presente ley en lo que es materia del régimen de sanciones y del beneficio de gratuidad en materia de acceso a la justicia.

ARTICULO 23. — Vigencia. La presente ley es de orden público, y entrará en vigencia a partir de los NOVENTA (90) días de la fecha de su publicación.

ARTICULO 24. — Reglamentación. El Poder Ejecutivo debe reglamentar la presente ley dentro de los NOVENTA (90) días contados a partir de su publicación.

ARTICULO 25. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTIUN DIAS DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL NUEVE.

— REGISTRADA BAJO EL N° 26.529 —

JULIO C. C. COBOS. — EDUARDO A. FELLNER. — Enrique Hidalgo. — Juan H. Estrada.

Notas

Este trabajo no revela potenciales conflictos de interés y contó con el apoyo financiero del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y de la Universidad Nacional de Rosario (UNR).